

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
IUS ALTIUS TOLLENDI

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 juillet 1924, à 4 h. 1/2

PAR

ANDRÉ PERRET

Avocat à la Cour

Président : M. COLLINET, professeur.

Suffragants : MM. GIFFARD, professeur.
NOAILLES, agrégé.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49

1924

LE

IUS ALTIUS TOLLENDI

ANDRÉ PERRET

Docteur en Droit

Avocat à la Cour d'Appel de Paris

**LE
IUS ALTIUS TOLLENDI**

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel, 49

—
1924



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552827_0069

LE IUS ALTIUS TOLLENDI

AVANT-PROPOS

Le Droit Romain connaît trois *iura praediorum urbanorum* dont l'existence paraît paradoxale aux interprètes.

Ce sont : le *ius altius tollendi*, le *ius luminibus vicini officiendi* et le *ius stillicidii vel fluminis non avertendi aut non recipiendi*.

Nous n'étudierons ici que le *ius altius tollendi*, mais cette seule étude doit suffire, selon nous, à expliquer tous les trois.

Le *ius luminibus officiendi* se confond, en effet, soutiendrons-nous, avec le *ius altius tollendi* : les raisonnements que nous ferons pour l'un devront s'appliquer exactement à l'autre. — Quant aux servitudes relatives au *stillicidium* ou au *flumen*, ce sont les mêmes principes qui les expliqueront : nous consacrerons à ces dernières un appendice spécial.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Position de la question

I. — EXISTENCE D'UNE SERVITUDE « *ALTIVS TOLLENDI* » EN DROIT ROMAIN

L'existence du *ius altius tollendi*, servitude pré-diale, n'a jamais été mise en doute. Elle ressort avec évidence de nombreux textes, tant de l'époque classique que de l'époque du Bas-Empire.

On lit aux INSTITUTES DE GAIUS, *Commentaire* II, § 14 : *Praediorum urbanorum iura sunt velut ius altius tollendi aedes et officiendi luminibus vicini aedium aut non extollendi, ne luminibus vicini officiatur. Item, etc... Haec iura... servitutes vocantur.*

Les PANDECTES la mentionnent en maint endroit : elle y figure comme servitude urbaine et comme servitude rurale : D. VIII-II-2. *Urbanorum praediorum iura talia sunt : altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi : item... etc... ; D. VIII-III-2 : Rusticorum praediorum servi-*

tutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini vel... etc... (1).

Les INSTITUTES ne la mentionnent pas spécialement à leur titre *De Servitutibus praediorum* (Lib. II — tit. III), mais elles y font certainement allusion au Lib. IV, tit. VI, § 2, où elles donnent l'action confessoire à celui qui *agat ius sibi esse altius aedes suas tollendi*.

Le BASILIQUES elles-mêmes la visent en ces termes : Bas. LVIII-II-2 : Αἱ πολυτελεῖς δοῦλεῖσι εἰσι, τὸ ὑψῶσαι ἢ μὴ ὑψῶσαι...

II. — DIFFICULTÉS D'INTERPRÉTATION

En face de pareils textes, il est permis d'éprouver un cruel embarras. Quelles peuvent être la raison et la nature d'une telle servitude qui paraît consister en l'élévation de son propre édifice ?

Le droit d'élever sa maison n'est-il pas inhérent au droit de propriété ? Tout propriétaire ne peut-il construire à sa volonté et donner à ses constructions la hauteur qu'il désire, alors même que cette élévation causerait quelque gêne à son voisin ?

On conçoit sans peine une servitude imposant à un fonds pour le profit d'un autre fonds la charge de ne pas avoir de constructions au-dessus d'une hauteur déterminée. Il est en effet naturel que le fonds supérieur veuille s'assurer l'avantage perma-

(1) Sur ce texte de NÉRATIUS, citant le *ius altius tollendi* comme servitude rurale, voir page 137.

nent de la lumière ou de la vue dont il jouit, sans avoir à craindre les entreprises du fonds inférieur et qu'à cette fin, il grève celui-ci d'une prohibition formelle de bâtir. La servitude négative *non altius tollendi* ou *ne luminibus vicini officiatur* s'explique et se défend aisément. Elle emporte augmentation de droits pour le fonds dominant, diminution de droits pour le fonds servant. C'est la parfaite application des principes que comporte la notion générale de servitude.

Mais il est bien difficile d'admettre que le droit de bâtir puisse s'exercer à titre de servitude. Ceci semble manifestement contrevenir aux principes les plus solidement établis en matière de propriété et en matière de servitudes prédiales : en matière de propriété, car le droit romain consacre la liberté absolue du propriétaire ; en matière de servitudes, car il faut considérer la servitude comme une dérogation à un état normal ; dérogation par laquelle est attribuée à un fonds déterminé une partie des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds : il y a, d'une part, profit et, d'autre part, perte et préjudice.

Avec la conception d'un *ius altius tollendi*, servitude, en quoi consiste l'avantage pour le fonds dominant, puisqu'en construisant, il paraît ne faire qu'user du libre droit de propriété qui lui appartient ? En quoi, par ailleurs, consiste le préjudice du fonds servant, puisqu'il paraît naturel qu'un voisin pâtisse de la construction de son voisin ? Son droit de propriété n'en peut être par là diminué.

Du reste, il y a des textes qui établissent et la liberté de construire et l'absence pour le voisin de tout préjudice, puisqu'on ne reconnaît pas à celui-ci le droit de se plaindre d'une telle construction.

Voici deux textes affirmant en des termes semblables la même vérité, à savoir, que lorsque les édifices ne sont point grevés d'une servitude contraire, ils peuvent être élevés sans que le voisin puisse prétendre s'opposer à cette élévation : D. VIII-II-9 : *Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla competit actio* ; C. III-XXXIV-8 : *Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur*.

Dans de telles conditions, l'existence d'un *ius altius tollendi*, servitude, peut paraître paradoxale. Elle ne saurait cependant être un instant mise en doute : les textes qui la reconnaissent sont formels.

La difficulté est de rendre compte de sa raison d'être et de déterminer sa nature.

Les interprètes y ont déployé toute leur ingéniosité.

Depuis Azo (2) jusqu'à Cujas (3), depuis Accurse (4) jusqu'à Pothier (5), depuis les plus anciens romanistes jusqu'aux plus modernes (6), innombrables

(2) AZO. Somme au Code, lib. tert., de servit et aqua, 16, etc..

(3) CUJAS. Comment in tit. II, de serv. pr. urb. ; lib. VIII, Digest.

(4) GLO. l. urbanorum praediorum, D. de serv. urb.

(5) POTHIER. Pandectae Justinianae, VIII-II, § 1.

(6) La dernière étude sur le *ius altius tollendi* a été pu-

bles ont été les systèmes proposés. Les auteurs ont puisé à toutes les sources, ont commenté tous les textes et, chacun suivant le sens de son génie particulier, l'un hardi dans ses inductions, l'autre prudent et logique dans ses déductions, ils sont arrivés à des solutions de la plus grande diversité.

Nous n'avons pas l'intention d'énumérer tous les auteurs ni de critiquer le système de chacun en particulier : ce serait une tâche qui dépasserait les limites et le caractère de notre étude. Tous ces systèmes étant réductibles à quelques chefs principaux, nous pourrions les grouper et les traiter par ordre.

Nous n'avons pas, d'autre part, l'ambition de dire le dernier mot sur une aussi vieille question : nous voudrions seulement apporter une lumière nouvelle dans l'obscurité où nous laisse la contradiction des systèmes et prouver, s'il est possible, que c'est bien souvent la théorie la plus simple qui se rapproche le plus de la vérité.

III. — SYSTÈMES PROPOSÉS

Une servitude positive, comme est la nôtre, consiste dans le droit de faire un acte quelconque que normalement on ne devrait pas faire. C'est ce qu'ont d'abord admis les auteurs à l'unanimité.

Le *ius altius tollendi* ne peut exister à titre de servitude que si l'état normal des édifices sur les-

bliée en 1913 par M. BUONAMICI in : *Annali della Università Toscane*. — *Del vero significato e della istoria della servitus altius tollendi*.

quels il porte était précédemment un ÉTAT DE PROHIBITION.

Il m'était auparavant interdit de construire et ce n'est qu'à la suite de l'acquisition du *ius altius tollendi* que je puis exercer ce droit. Par là-même, mon fonds profite d'un avantage qui ne devait pas lui appartenir et le fonds voisin subit un certain inconvénient qu'il ne devait pas subir. Il y a augmentation de droits, d'un côté, et diminution de droits, de l'autre. Voilà la seule façon de comprendre la servitude *altius tollendi*.

Les auteurs (avec quelques nuances), sont en somme tous d'accord sur ce premier point.

Mais si le principe est facile à établir, on se heurte tout de suite à une grave difficulté, qui va entraîner les divergences. C'est la question de savoir quelle pouvait être la prohibition originaire, qui empêchait la construction.

Ce ne sont pas les textes qui peuvent renseigner d'une façon précise : ils présentent, nous l'avons vu, le droit de construire comme libre, le droit de nuire au jour du voisin comme libre ; ils ne mentionnent expressément aucune prohibition formelle ; ils paraissent muets sur cette question capitale.

Le champ est alors ouvert aux hypothèses. Et les hypothèses n'ont pas manqué. Nous pouvons, croyons-nous, les classer en deux grands groupes.

Pour un premier groupe, la prohibition doit être ainsi expliquée : ce qui m'est défendu, c'est de construire sur mon fonds ; mon fonds est asservi.

Mon droit de propriété subit une restriction et je ne puis ÉLEVER MA PROPRE MAISON qu'en constituant un *ius altius tollendi*. Cete servitude sera le recouvrement d'un droit qui m'avait été auparavant enlevé par une interdiction formelle.

Pour un second groupe, l'explication doit être toute différente. Recouvrer un droit qui m'avait été enlevé, c'est revenir à la liberté de mon droit de propriété. C'est l'extinction d'une servitude et ce ne peut être une servitude nouvelle. Le *ius altius tollendi* n'est pas le droit de construire sur son propre fonds. La prohibition à laquelle il déroge n'est pas une restriction à la liberté du droit de propriété du constructeur; cette prohibition, c'est tout simplement la défense d'entreprendre un TRAVAIL CHEZ LE VOISIN, car c'est chez le voisin que s'exerce le *ius altius tollendi*. Il n'y a pas recouvrement d'un droit, puisqu'on n'a jamais eu le droit d'entreprendre activement un travail chez son voisin : il y a création d'un droit nouveau, exceptionnel, constitué par une servitude.

Voilà, synthétiquement, les deux grands points de vue auxquels se sont placés les auteurs. Nous développerons et analyserons dans le détail les systèmes ainsi proposés : nous en essayerons la critique et, après avoir tâché de faire la place nette, nous contruirons à notre tour.

Nous adoptons en effet, quant à nous, un point de vue un peu différent de ceux qui viennent d'être exposés : nous devons dès maintenant l'indiquer.

IV. — SYSTÈME ADOPTÉ

Notre point de vue est l'intermédiaire des deux autres. Chacun des deux présente, à notre avis, quelque part de vérité, mais ni l'un ni l'autre n'embrasse la vérité tout entière.

Le premier système a raison, croyons-nous, quand il voit dans le *ius altius tollendi* le droit pour un propriétaire d'élever son propre édifice, contrairement à un empêchement précédent ; mais il a tort quand il croit que cet empêchement devait résulter d'une prohibition formellement établie.

Le second système, à son tour, a raison quand il base le *ius altius tollendi* sur le respect du droit de propriété du voisin et la défense de rien entreprendre qui le trouble ; mais il a tort quand il croit qu'il s'agit nécessairement d'un travail accompli chez le voisin.

Voici l'énoncé de notre proposition :

Lorsque, pour des raisons particulières, l'élévation d'une maison causerait un dommage injuste au droit de propriété du voisin, le constructeur ne pourra procéder à cette élévation que s'il est titulaire de la servitude appelée le « *ius altius tollendi* ».

Le « *ius altius tollendi* » est donc une servitude qui permet à son titulaire d'élever une construction sur son propre fonds lorsque cette construction causerait un dommage injuste au droit de propriété du voisin.

C'est ce que nous allons démontrer.

Dans une première partie nous étudierons et réfuterons les différentes théories proposées.

Dans une seconde partie, nous développerons et soutiendrons la nôtre.

PREMIERE PARTIE

ÉTUDE CRITIQUE des SYSTÈMES PROPOSÉS

TITRE I

Systèmes d'après lesquels le « *ius altius tollendi* » s'exerce sur le propre fonds de son titulaire

Ces systèmes sont de beaucoup les plus nombreux (1).

La plupart des auteurs admettent en effet que dans l'expression *ius altius tollendi*, il faut sous-entendre les mots *aedes suas* (2) tels qu'ils existent dans la formule, déjà notée, de l'action confessoire. (INST. IV-VI-2). C'est d'ailleurs assez logique puis-

(1) Parmi le grand nombre des auteurs qui entendent notre servitude comme un *ius extollendi aedes suas*, on peut citer : SCHILLING, II, § 190 ; HOFFMANN, *Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte*, I, § 34, 8 ; MÜHLENBRUCH, II, § 277, 4 ; DESTRAIS, *De la propriété et des servitudes en droit romain*, § 78 ; MOLITOR, *La possession... et les servitudes en droit romain*, n° 43 ; MAYNZ, I, § 133 ; VAN WETTER, II, § 243 ; ORTOLAN, II, n° 453 ; ARNDTS, § 185 ; WINDSCHEID, I, § 211 ; GIRARD, 6° éd., p. 367, n° 6 ; cf. KARLOWA, II, § 48, p. 529-532 ; GLÜCK, X, § 669.

(2) Le mot *aedes* désigne ordinairement toute espèce d'édifice (Ulp. D. XLIII-XXIII-1, § 8 ; *Gaius* D. XLVII-IX, 9) même celui qui n'est pas destiné à l'habitation, cf. ED. CUQ, *La maison romaine à l'époque impériale*, *Journal des Savants*, 1917, p. 248.

que ces mêmes mots sont toujours sous-entendus dans la servitude contraire *non altius tollendi*.

Le droit de bâtir était paralysé dans son exercice par une PROHIBITION FORMELLE et il est recouvré grâce à la constitution du *ius altius tollendi*.

Mais quelle est cette prohibition formelle à laquelle doit déroger notre servitude?

Trois opinions sont en présence :

1° C'est une servitude conventionnelle *non altius tollendi*;

2° Ce sont des lois et des règlements du prince;

3° Ce sont des prescriptions édiliciennes.

Nous diviserons donc ce titre en trois chapitres pour étudier successivement ces trois sources d'où l'on prétend faire découler le *ius altius tollendi*.

CHAPITRE PREMIER

LE « IUS ALTIUS TOLLENDI » CONSIDÉRÉ COMME L'AFFRANCHISSEMENT D'UNE SERVITUDE CON- VENTIONNELLE « NON ALTIUS TOLLENDI ».

Un fonds servant était précédemment grevé d'une servitude conventionnelle de ne pas bâtir. Cette servitude a été éteinte et le seul fait de cette extinction, en enlevant au fonds sa qualité de fonds servant, a fait naître à son profit un *ius altius tollendi*.

Une telle extinction peut être envisagée comme totale ou seulement comme partielle et il faut distinguer deux systèmes : l'un reposant sur l'idée d'une extinction totale, l'autre sur l'idée d'une extinction partielle de la précédente servitude.

I. — EXTINCTION TOTALE DE LA SERVITUDE « NON ALTIUS TOLLENDI »

Ce système a été défendu par Cujas (1) et, plus récemment, par de Vangerow (2).

(1) CUJAS. *Comment. in tit. II, de servit. pr. urb. lib. VIII*, Digest.

(2) DE VANGEROW. *Pand. I*, § 342. Adoptent aussi ce système : DEMANGEAT, *Cours élém. de dr. rom.*, I, p. 495. Paris 1866 ; ACCARIAS, *Précis de dr. rom.*, I, p. 216, Paris, 1886 ; ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, § 39 ; MACKELDEY, II, § 277, 4.

Cujas s'exprime ainsi : *Iure autem servitutis aedes suas altius tollit qui vicino concessit ius sibi non esse aedes suas altius tollere, et postea impetravit ab eodem sibi licere aedes suas altius tollere.*

Ainsi, à une convention établissant une servitude, succède une autre convention établissant une nouvelle servitude (3).

Il faut en plus admettre qu'indépendamment de la seconde convention, le *ius altius tollendi* peut encore être acquis au fonds servant par une usucapion libératoire (4).

De Vangerow a repris cette théorie en lui donnant un caractère plus dogmatique. Le *ius altius tollendi*, dit-il, ne peut résulter que de l'abolition de la servitude *non altius tollendi* : il faut, en effet, admettre la règle générale que voici :

L'extinction d'une servitude urbaine renferme toujours la constitution d'une nouvelle servitude; l'une ne prend fin que par la réunion des conditions requises pour que l'autre prenne naissance. Car les servitudes urbaines doivent être considérées comme les droits distincts et séparables de la propriété et leur affranchissement fait acquérir à celui qui l'obtient, non pas seulement la liberté de son fonds, mais encore une portion intellectuelle du droit de l'autre. Le déplacement du droit réel fait que le fonds naguère servant devient dominant et

(3) On invoque : D. VIII-II-21 ; VIII-I-32.

(4) D. XLI-III-4, § 29. Cf. CRELL, *Dissertatio servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere*. Wittenberg 1733.

ce qui le prouve, c'est qu'il faut à l'encontre des servitudes urbaines une *usucapio libertatis*; le maître du fonds servant ne peut recouvrer que par une prescription acquisitive le droit qui a été détaché de son domaine.

*
* *

Une telle théorie, spécialement dans sa dernière forme, est intéressante. Elle a l'avantage de fournir des textes à son appui : en bien des fragments du Digeste, en effet, il est question de l'affranchissement de la servitude *non altius tollendi*. DIG. VIII-II. Lois 6, 21, 30 et 32; XLI-III-4 § 29.

Mais son plus grave défaut est de voir dans cet affranchissement la constitution d'une nouvelle servitude. Il suffit de raisonner :

Une servitude est une restriction anormale de la propriété. Par son fait, le fonds qui devient servant perd certaines facultés qui lui appartenaient exclusivement, en vertu de la plénitude primitive de son droit. Cette restriction durera autant que la cause qui l'a produite, mais devra disparaître en même temps que cette cause.

L'extinction de la servitude ne peut donc autrement nous apparaître que comme un retour à l'état normal, un recouvrement pour le fonds servant de la plénitude de son droit de propriété. Or, un retour à l'état normal ne saurait revêtir la forme d'une servitude, la servitude étant par essence dérogoire à cet état.

Les textes, du reste, confirment ce raisonnement, et ceux-là même invoqués à l'appui du système s'expriment dans un langage assez net. Parmi les textes cités ci-dessus, on peut noter quelques formules significatives : *Si servitutem mihi remisisset, ab eo liberarer. Si per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus* (5). Il n'est ici question que du retour à la liberté du fonds et de l'extinction complète de la servitude.

Citons plus spécialement le texte sur lequel de Vangerow se fonde pour établir l'acquisition du *ius altius tollendi* par voie d'usucapion : D. XLI-III-4 § 29 : *Libertatem servitutum usucapi posse, verius est : quia eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituebat; non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitude. Itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.*

Il est difficile de comprendre qu'on veuille voir ici l'acquisition d'une servitude *altius tollendi* par voie d'usucapion : les termes mêmes du texte s'opposent à une telle conception. La loi Scribonia, lisons-nous, a supprimé l'expansion constitutive de servitude. Elle ne peut donc permettre que la servitude *altius tollendi* soit constituée par usucapion. Ce qu'elle autorise, c'est qu'on acquière la liberté

(5) D. VIII, I, 32 ; XLI, III, 4 § 29. On peut citer encore : D. VIII, I, 6 : *ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris* ; VIII-1-32 : *Libertatem usucapiam.*

de son fonds grâce à l'extinction de la servitude qui le grevait.

Il en résultera sans doute un droit de bâtir, mais celui-ci ne consistera pas en une servitude, mais en l'exercice du droit de propriété redevenu libre. Le seul effet de *l'usucapio libertatis* aura été d'éteindre une servitude, et non d'en constituer une nouvelle.

D'ailleurs, le système proposé par de Vangerow se soutient difficilement en droit. Le principe d'après lequel, pour accomplir un acte que prohiberait une servitude précédemment établie, il faudrait forcément constituer une servitude de sens contraire n'est pas juridique.

Qu'un fonds servant ne puisse s'exonérer de sa charge qu'en asservissant à son tour et qu'un fonds dominant ne puisse renoncer à son avantage de nature exceptionnelle qu'en devenant lui-même fonds servant, voilà une réciprocité obligatoire qu'on ne saurait admettre. Quand un fonds cesse d'être servant, il devient libre et sa libération n'a pas pour effet d'asservir le fonds jusqu'alors dominant.

*
* *

Certains auteurs (6) ont bien senti cette objection: aussi présentent-ils une doctrine un peu modifiée. Il n'y a pas à proprement parler, disent-ils, une

(6) BÖCKING, § 171 ; ELVERS, § 39 ; SCHEURL, Z. S. f. Gesch. XII. S. 255-257, cf. WINDSCHEID, I, §. 211 a, II, 11.

véritable servitude venant se substituer à la première. Il n'y a que la forme extérieure d'une nouvelle servitude, sans qu'à celle-ci soient attachés de nouveaux rapports de fonds dominant à fonds servant.

Voici ce qui se passe exactement :

Les rapports juridiques qui existent entre deux fonds sont en général déterminés par un contrat : la *lex aedium* (Paul. D. VIII-II-23). Cette *lex aedium* contient certaines clauses relatives aux servitudes et fixe ainsi le *modus* de chaque propriété. Quand les deux propriétaires sont d'accord pour éteindre une servitude, ils n'ont simplement qu'à apporter une modification à ces clauses.

Avec leur sens du formalisme, les Romains substituaient à une clause négative une clause affirmative : ils remplaçaient un *ius non altius tollendi* par un *ius altius tollendi* expressément reconnu. Ainsi, le propriétaire du fonds affranchi pouvait-il désormais intenter une action confessoire : *ius esse sibi aedes suas altius tollere*, réclamant par là la liberté de son fonds, reconnue en la forme d'une constitution de servitude.

*
* *

On peut élever contre cette théorie une double objection.

D'abord, on peut demander à ses défenseurs en quoi consiste précisément cette servitude qui n'est pas une servitude, qui n'a que la forme d'une servitude sans en avoir le fond.

On admet d'ordinaire qu'une servitude n'a de valeur et n'existe que par son fond, c'est-à-dire que par les droits qu'elle fait naître entre fonds dominant et fonds servant : si celle-ci n'en fait naître aucun, autant dire qu'elle n'existe pas et qu'il n'y a dans l'affranchissement de la servitude *non altius tollendi* qu'un retour à la liberté, sans s'inquiéter de la forme sous laquelle il peut avoir lieu.

Ensuite, il faut faire remarquer que cette élégante hypothèse d'une modification formaliste de la *lex aedium* ne peut s'appliquer qu'à des servitudes purement contractuelles, constituées par pactes et stipulations.

Or, ce serait là singulièrement restreindre la portée du *ius altius tollendi* dans l'espace comme dans le temps : nous savons en effet, par le témoignage de Gaius (7), qu'à l'époque classique ce n'était qu'aux seuls fonds provinciaux que les pactes et stipulations pouvaient s'appliquer : les servitudes portant sur les fonds italiques se constituaient forcément par *mancipatio* ou *in iure cessio*.

Dans ces conditions, le *ius altius tollendi* n'aurait été connu, à l'époque classique, que dans les provinces, comme les pactes et stipulations eux-mêmes (8). Restriction inadmissible

(7) GAIUS, II, 31 : *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis... pactionibus et stipulationibus id efficere potest ; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*

(8) Ce n'est qu'à partir de Justinien que les pactes et stipulations sont devenus le procédé normal et habituel de

II. — EXTINCTION PARTIELLE DE LA SERVITUDE « NON ALTIUS TOLLENDI »

Une autre théorie, assez séduisante, dont le principal défenseur est Puchta (9), fonde le *ius altius tollendi* sur l'extinction seulement partielle de la servitude négative précédente.

Il faut admettre, reconnaît Puchta, que l'extinction complète d'une première servitude ne peut produire que la libération définitive du fonds servant. Mais il en est tout autrement si l'extinction n'est que partielle.

Voici le cas :

Un fonds est grevé d'une servitude lui interdisant d'avoir des constructions au-dessus d'un nombre de pieds déterminé. Son propriétaire voudrait cependant transgresser cette hauteur maxima et faire un exhaussement limité à quelques pieds. Il s'entendra, alors, avec le propriétaire du fonds dominant, qui lui concédera cette faveur. Mais quand ils voudront exprimer dans un acte leurs nouveaux rapports, ils se heurteront à la règle de l'indivisibilité des servitudes. Cette règle empêche, en effet, d'éteindre une servitude pour partie seulement.

Le seul moyen de tourner la difficulté sera alors

constitution des servitudes. Cf. COLLINET. « *Les pactes et stipulations constitutifs de servitudes* », *Etudes sur le droit de Justinien*, I, p. 161.

(9) PUCHTA. *Pand.* § 184 ; sont également partisans de ce système : DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, I, 4° p. 526; Naples 1869 ; KELLER, *Pandekten* (1861), p. 332.

de paralyser les effets de la première servitude en en constituant une nouvelle qui, elle, consistera en un *ius altius tollendi* revêtu d'un *modus*. Son bénéficiaire sera en droit d'intenter l'action confessoire : *ius esse sibi usque ad decem pedes aedes suas altius tollere*.

Ainsi, le *ius altius tollendi* n'a-t-il pas pour objet de faire disparaître une servitude existante mais seulement d'en restreindre la portée.

*
* *

On ne peut reprocher à ce système un défaut de logique : il est certain, en effet, que le nouveau rapport de droit est bien un rapport de servitude et que, d'autre part, il se présente comme un *ius altius tollendi*, mais un *ius altius tollendi* limité par un *modus*.

Des textes, d'ailleurs, visent ce cas d'un *ius altius tollendi* limité :

D., XLIV-II-26 : *Egi tecum, ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes altius tollere; post ago, ius mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere...* etc.

VATIC, FRAG. 53. *Item si altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi ius non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit ius sibi esse in infinitum tollere.*

Mais ce qui prête à la critique, c'est l'idée que ce *ius altius tollendi* revêtu d'un *modus* mérite le nom de servitude *altius tollendi*.

Quels sont les nouveaux rapports que cette servitude a pu créer? Le fonds précédemment dominant cesse-t-il d'être dominant et le fonds précédemment servant cesse-t-il d'être servant?

En y réfléchissant, on est amené à reconnaître que, si l'étendue des droits a été modifiée, la situation juridique des deux fonds est restée absolument la même : le fonds dominant reste dominant, et la preuve, c'est que son propriétaire a le droit d'empêcher le propriétaire du fonds servant de dépasser la nouvelle hauteur qu'il lui a consentie; le fonds servant ne cesse d'être servant, puisque son propriétaire ne peut construire au-dessus de la limite qui lui a été nouvellement fixée.

Alors on doit aboutir à cette conclusion que ce prétendu *ius altius tollendi* revêtu d'un *modus* n'est en réalité qu'un nouveau *ius non altius tollendi*, c'est-à-dire une seconde servitude négative, moins restrictive, il est vrai, que la première, mais de même nature qu'elle.

Cette servitude reconnaît sans doute expressément un droit de bâtir, mais toute servitude non *altius tollendi*, portant en elle la fixation de hauteur maxima, renferme implicitement le droit pour le fonds servant d'atteindre cette hauteur; car ce qui est interdit, c'est un certain mode dans l'exercice d'un droit : ce n'est pas l'exercice même de ce droit.

Notre argumentation, nous semble-t-il, peut se conclure par un dilemme.

De deux choses l'une : ou l'acte contraire à la servitude *non altius tollendi* est tellement en con-

tradiction avec elle que cette servitude n'a plus sa raison d'être; ou cet acte contraire, tout en diminuant plus ou moins la portée de celle-ci, lui laisse encore quelque utilité.

Dans le premier cas, pour accomplir cet acte, il n'y aura qu'un moyen : éteindre la servitude et recouvrer la liberté du fonds;

Dans le second cas, il faudra constituer une nouvelle servitude moins onéreuse, mais de même nature que la précédente.

Dans un cas, il y aura retour à la liberté; dans l'autre, servitude atténuée; mais jamais il n'y aura constitution de servitude contraire, renversant les rapports de droit résultant de la servitude précédente.

CHAPITRE II

LE « IUS ALTIUS TOLLENDI » CONSIDÉRÉ COMME UNE DEROGATION AUX LOIS ET RÉGLEMENTS DU PRINCE.

On trouve au Digeste le texte suivant :

(D. XXXIX-1-1, § 17.) *Nunciamus autem, quia ius aliquod prohibendi habemus : vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur ; aut si quid contra Leges, Edictave Principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet.*

De très nombreux auteurs (1) se sont arrêtés sur ce texte et se sont demandé ce que pouvaient être ces *Leges Edictave Principum, ad modum aedificiorum facta*. Les sources juridiques et littéraires leur ont appris que fréquentes avaient été les dispositions des empereurs fixant la hauteur des maisons. Ils en ont induit que le *ius altius tollendi* avait bien pu être la faculté d'élever son édifice au-dessus de la hauteur légale ainsi fixée. Cette hauteur légale était, en effet, l'expression du droit commun et,

(1) Voir les noms de ces auteurs, p. 10, n° 1.

d'après eux, l'on ne pouvait y déroger que moyennant une servitude expresse.

Cette théorie mérite d'être étudiée dans ses arguments de fait et dans ses arguments de droit.

*
* *

En fait, il est certain que la hauteur des édifices a fréquemment sollicité l'intervention des empereurs. Dans un triple but d'esthétique, d'hygiène et de commodité pour les citoyens, des dispositions impératives émanèrent bien des fois du pouvoir souverain. De telles dispositions étaient rendues nécessaires par la façon dont les citadins avaient pris l'habitude de construire leurs maisons (2). L'augmentation de la population toujours croissante les avait amenés à exhausser sans cesse leurs maisons, ajoutant étages sur étages (3).

Auguste (4), le premier, s'en inquiéta et défendit d'élever les façades au-dessus de 70 pieds (5).

Mais il est probable que cette prescription ne

(2) Cf. ESTOR. *Comm. continens observat. varias de altitudine aedium Romanorum, deque civium multitudine ad illustrandam servitutem altius tollendi*. Leipsig 1736 ; FRIEDLAENDER, *Mœurs romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins*, trad. par VOGEL.

(3) Tite Live rapporte qu'en l'année 218-536, au temps d'Hannibal, un bœuf monta à un troisième : TIT LIV. XXI, 62, 3. Cf. DAREMBERG ET SAGLIO, *Domus* : Dans les derniers temps de la République, les maisons avaient communément trois ou quatre étages : VITRUV. II-17 ; CIC., *Leg. agr.* II, 37.

(4) STRAB., V, 3, 7 ; X, 2, 23 ; TACIT. *Hist.* III, 71 ; AULGELL., XV, 1, 2 ; MARTIAL, I, 117, 7.

(5) = 20 mètr. 72. (Le pied romain mesure 0 m. 295.)

fut guère observée, car, une génération plus tard, Sénèque (6) trouve encore les maisons si hautes qu'en cas d'incendie ou d'éboulement les habitants des étages supérieurs étaient certains de ne pas échapper au danger.

Néron (7), après que Rome presque entière eut été dévastée par le grand incendie, interdit aux constructions nouvelles de dépasser 60 pieds (8).

Trajan lui-même (9) édicta des prescriptions du même genre, dans lesquelles il spécifiait encore que les maisons ne pourraient atteindre une hauteur supérieure à 60 pieds.

Enfin Zénon, dans une constitution où il rappelle les dispositions déjà prises par son prédécesseur Léon, réglemente la construction des édifices.

Cette dernière constitution présente cette particularité qu'elle prévoit que des conventions privées pourront déroger à ses dispositions générales. (Code VIII-X-12) (10).

La réglementation légale de la hauteur des maisons ne laisse donc, en fait, aucun doute (11).

En droit, soutiennent les partisans de la théorie étudiée, il faut admettre que des dérogations con-

(6) SENEC. *Controv.* II, 9, 11.

(7) TACIT. *Ann.* XV, 43.

(8) = 17 mètres 70.

(9) AUR. VICT. *Epit.*, 13, 13 : *Statuens ne domorum altitudo LX superaret pedes.*

(10) Une constitution de Justinien (C. VIII-X-3) a déclaré la constitution de Zénon applicable dans tout l'empire.

(11) Une telle réglementation fut longtemps en usage en Grèce où la servitude légale dominait. Cf. GUIRAUD. *La propriété foncière en Grèce*, p. 191.

ventionnelles venaient mettre obstacle à cette prohibition générale d'élever. La hauteur réglementaire fut considérée comme inspirée surtout du souci de commodité du voisin, et il fut décidé qu'avec l'assentiment de ce voisin, la hauteur ainsi prescrite pourrait être dépassée.

A vrai dire il n'y a que la constitution de Zénon qui reconnaisse la légitimité d'une convention semblable, mais le régime auquel se rapporte cette constitution devait exister depuis longtemps déjà ; ce qui paraît le prouver, c'est la façon dont les dispositions des Empereurs étaient peu respectées (12).

La reconnaissance conventionnelle du droit d'élever constituait une servitude *altius tollendi* et la seule façon de concevoir une servitude s'exerçant sur son propre fonds, c'est d'admettre que la propriété de ce fonds était d'abord soumise à une limitation légale.

Le *ius altius tollendi* se présente bien ainsi avec les caractères d'une véritable servitude : le fonds dominant jouit d'un avantage auquel normalement il n'aurait pu prétendre et le fonds servant doit subir un inconvénient que normalement il avait le droit d'éviter.

*
**

Une telle théorie offre incontestablement des

(12) SCHRADER, en annotant les INSTITUTES IV-VI, § 2, rapporte les témoignages de Juvénal et de Valère Maxime, établissant que l'empêchement légal était peu observé.

arguments sérieux : elle s'appuie sur des faits et son raisonnement juridique semble impeccable. On ne peut lui faire le reproche de ne pas restituer au *ius altius tollendi* la nature d'une servitude proprement dite : le droit commun étant la prohibition générale, toute dérogation à cette prohibition ne peut être conçue qu'à titre de servitude.

Mais si le raisonnement est en lui-même excellent, nous croyons qu'il pêche par sa base, car il repose en réalité sur une pétition de principe. Il faudrait, en effet, prouver d'abord, d'une façon satisfaisante, que ces lois et ces règlements édictés par les empereurs avaient été de tout temps susceptibles de dérogations conventionnelles. Or, c'est ce que cette théorie ne prouve pas et ne peut pas prouver, ces lois impériales ne pouvant pas subir de dérogation conventionnelle valable : il est facile de s'en convaincre.

Quel a été le premier souci des empereurs qui ont fixé aux maisons une hauteur maxima ? C'est évidemment un souci d'esthétique. Ils ont pensé à la beauté de la ville compromise par des constructions irrégulières et exagérées, avant de penser à la commodité de chaque citoyen (13).

Quel est, par conséquent, le caractère de ces dispositions ? C'est, sans aucun doute, un caractère d'ordre public. Elles n'auraient pas eu d'intérêt aux yeux de l'empereur, s'il en eût été autrement.

(13) Cf. LIPSIVS, *de magnitud. urb. Romæ*, lib. III, c. 4, (cité par Buonamici, loc. cit.).

Or, le principe est formel : *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. (Papinien, D.-II-XIV-38.)

Il faut donc admettre que ces dispositions, en vertu de leur caractère d'ordre public, n'étaient point susceptibles de dérogations conventionnelles (14).

Mais, objecte-t-on, la constitution de Zénon (au Code VIII-X-12) prévoit expressément une telle dérogation et la reconnaît licite.

Cette constitution, qu'on y prenne garde, n'est pas du tout du même genre que ces lois impériales fixant aux maisons un nombre de pieds strictement limité. Cette constitution n'est qu'un ensemble de mesures propres à assurer la protection de la propriété privée : elle ne fixe aucune hauteur limite ; elle règle, par exemple, les espaces qu'on doit observer entre les constructions ; c'est ainsi qu'elle décide qu'un voisin ne peut, dans certaines conditions, cacher à son voisin la vue de la mer ; elle apparaît soucieuse avant tout d'assurer à chaque propriétaire la libre jouissance de ses droits. On comprend dès lors qu'elle autorise le voisin à renoncer par pacte aux avantages que lui reconnaît la loi. Nous sommes très loin ici de ces prescriptions impératives des empereurs fixant aux maisons une hauteur maxima.

S'il est impossible de concevoir dans le principe une exception légitime à ces prescriptions des

(14) Cf. ACCARIAS *Précis*. I, p. 676, n. 1.

empereurs, comment, d'autre part, concevoir dans la pratique la constitution du *ius altius tollendi* ?

Nous savons que le mode classique de constitution d'une servitude urbaine est l'*in iure cessio*. Or, l'*in iure cessio* est un procédé purement civil. Comment comprendre que ce *ius altius tollendi*, portant en lui violation de l'ordre public, pût être constitué par ce procédé civil ?

Il faudrait faire appel à d'autres modes de constitution, mais nous savons quels sont les modes en usage à l'époque classique : Gaius les énumère limitativement, et après son énumération, il mentionne spécialement notre servitude. La mancipation ne s'applique qu'aux servitudes rurales ; quant aux pactes et stipulations, nous avons déjà vu qu'ils ne sont usités que pour les fonds provinciaux.

A moins de restreindre l'application du *ius altius tollendi* aux fonds provinciaux (ce qui est un défaut de logique, puisque les lois impériales sont surtout faites pour la ville de Rome), on est obligé de reconnaître qu'il n'est pas possible de contrevenir aux lois impériales en la forme d'une servitude.

Il convient de couronner ces critiques par quelques remarques de simple bon sens juridique.

Lorsque la prohibition légale est levée — supposons-le — par la renonciation d'un voisin à ses droits, le fonds asservi est-il, de ce fait, libéré tout entier ?

La loi a été faite pour un ensemble d'habitants : la prohibition qui pèse sur un fonds intéresse tous

les voisins de ce fonds : si donc un seul renonce à son droit, ce fonds pourra-t-il être considéré comme affranchi à l'égard de tous les autres ?

Le fonds n'en restera pas moins affecté, par la force de la loi, de la même charge, vis-à-vis de tous ceux qui ont un intérêt quelconque à ce que ses constructions ne soient pas élevées.

Si celui qui a obtenu l'autorisation d'un seul de ses voisins veut construire, les autres voisins pourront s'opposer à sa construction. (D. XXXIX-I-I, § 17 : *Nunciamus autem quia ius aliquod prohibendi habemus...*)

Une telle situation est prévue au Digeste. (D. VIII-II-32) :

Il s'agit du propriétaire d'un fonds servant qui doit à deux de ses voisins, Titius et Mœvius, une servitude *non altius tollendi*. Seul Titius renonce à son droit : le texte fait observer que ce propriétaire ne sera libéré que vis-à-vis de Titius. Mœvius n'en conserve pas moins tout son droit de servitude et il pourra s'opposer à la construction nouvelle pendant tout le temps requis pour que le propriétaire du fonds servant usucape la liberté de son fonds.

Il en résulte clairement qu'une convention privée, passée entre deux propriétaires, est impuissante à libérer un fonds d'une charge de caractère public qui pèse sur lui. Le *ius altius tollendi* ne pourrait être constitué que d'une façon précaire, dénuée de valeur juridique.

*
* *

Nous devons conclure ce chapitre en faisant observer que la théorie que nous venons d'étudier et de critiquer a été tout près de la théorie que nous croyons devoir soutenir : elle a bien vu que le *ius altius tollendi* était une dérogation au droit commun et qu'il consistait dans le droit pour une propriétaire d'accomplir sur son propre fonds un acte qu'il n'aurait pas dû normalement accomplir. Son seul tort a été de croire qu'il s'agissait d'une dérogation à des règlements impératifs et d'ordre public. Dans notre seconde partie, nous établirons un critérium différent à l'aide duquel nous essayerons de rendre compte de la nature exacte des rapports qui existent entre ces règlements et notre servitude.

CHAPITRE III

LE « IUS ALTIUS TOLLENDI » CONSIDÉRÉ COMME UNE DÉROGATION AUX PRESCRIPTIONS ÉDILICIENNES.

Cette théorie (1) s'apparente étroitement à la précédente : elle en diffère en ce que les règlements prohibitifs auxquels elle fait appel ne revêtent pas le caractère essentiellement impératif et d'ordre public des constitutions impériales.

Les constitutions impériales, reconnaît-elle, ne peuvent, en raison de leur caractère, souffrir de dérogation conventionnelle. Mais il n'en est pas de même de certaines prescriptions locales, émanant du pouvoir édilicien. Celles-ci ne sont pas aussi sévères et les édiles doivent tolérer que des exceptions soient apportées aux règles qu'ils établissent.

*
* *

Nous ne développerons ni ne critiquerons bien longuement cette théorie : la plupart des considé-

(1) Elle est adoptée par WINDSCHEID, I, p. 957, n. 11 ; DERNBURG, *Pand.*, I, § 244 ; CORN, *Archiv. für die civil Praxis*, B. 64, n. 8 ; GIRARD, 6^e éd. p. 367 n. 6.

rations que nous avons pu faire au sujet de la précédente peuvent s'appliquer à elle.

Cette théorie ne trouve pas de textes certains en sa faveur : ces prescriptions édiliciennes donnant naissance à un *ius altius tollendi*, ne sont qu'une hypothèse (2).

On peut, sans doute, en étudiant les fastes des magistratures urbaines, se rendre compte qu'il entrait dans l'office des édiles de réglementer les constructions privées. La Table d'Héraclée (3) contient les détails les plus intéressants sur cette partie du rôle des édiles : ils avaient à déterminer l'alignement des nouvelles constructions le long des voies publiques ; ils avaient un droit d'inspection général sur tous les édifices privés, ce qui leur permettait de prohiber toute entreprise sur la voie publique, toute saillie ou projection, d'ordonner la réparation ou la démolition des maisons menaçant ruine (4). Et l'on croit qu'ils devaient pouvoir aussi fixer la hauteur des édifices.

Mais il ne nous est pas parvenu de texte se rapportant à des prescriptions édiliciennes fixant cette hauteur maxima ; encore moins avons-nous connaissance de prescriptions admettant explicitement

(2) Cf. VOIGT, I ; 742 ; KARLOWA, II, § 33 ; CUQ, *Manuel*, p. 331.

(3) MOMMSEN, C. I. L., I, p. 120 ; *Monumenta juris*, de BLONDEAU, II, p. 81 ; Cf. un commentaire remarquable dans DIRKSEN, *Civilistische Abhandlungen*, t. II, (tab. Heracl.) ; LEGRAS, *La table latine d'Héraclée (La prétendue « lex iulia municipalis »)*, Thèse, Paris, 1907.

(4) Cf. DARÉMBERG ET SAGLIO : *Aediles* ; SCHUBERT, *De Romanorum aedilibus libri quatuor*, p. 479.

la légitimité d'une dérogation conventionnelle. Il n'y a là qu'une simple conjecture.

Même au cas où de telles prescriptions auraient existé, ce système ne saurait être admis à cause de ses conséquences de droit.

S'il ne s'agit, en effet, que de règlements locaux et si le *ius altius tollendi* n'est qu'une dérogation à de tels règlements, la nature et la portée de notre servitude sont considérablement modifiées et restreintes. Le *ius altius tollendi* ne fait plus alors partie du droit civil général ; il fait partie de dispositions exceptionnelles et spéciales d'un ordre administratif. Il ne paraît donc plus être de la même essence que cette servitude qui, elle, est proprement civile, et qu'on lui compare toujours, le *ius non altius tollendi*.

Or, tous les textes, ceux de Gaius les premiers, contredisent une telle façon de voir. Gaius (5) énumère le *ius altius tollendi* parmi les *iura praediorum* qui sont des droits civils, et qui peuvent être constitués par *mancipatio* ou *in iure cessio*, procédés du pur droit civil.

Le rapprochement que font toujours les juriconsultes entre le *ius altius tollendi* et le *ius non altius tollendi* prouve assez d'autre part que ces deux servitudes doivent avoir la même portée générale.

Ajoutons enfin que Gaius, qui ne manque jamais de signaler les cas dans lesquels des dispositions locales se distinguent du droit civil général,

(5) GAIUS, II-14 et II-31.

ne mentionne rien de particulier en notre matière,
qu'il entend traiter d'après les règles du droit
commun.

TITRE II

Systèmes d'après lesquels le « *ius altius tollendi* » s'exerce sur le fonds du voisin

Sous ce titre, nous comprendrons des systèmes d'expressions assez variées, mais qui se rattachent à cette idée que le *ius altius tollendi* consiste en un travail qui s'accomplit sur le fonds du voisin. Ce fonds est grevé d'une charge particulièrement onéreuse, puisque c'est un autre que son propriétaire qui y fait valoir ses droits.

Il y a deux façons d'envisager la situation juridique qui peut naître de ces rapports.

Dans un premier cas, c'est le propriétaire du fonds dominant qui accomplit lui-même son travail sur le fonds du voisin.

Dans un second cas, c'est le voisin qui est contraint par le propriétaire du fonds dominant et pour l'avantage de celui-ci, à exécuter ce travail.

Cette seconde conception d'une servitude consistant *ad faciendum* est particulièrement hardie ; c'est par elle que nous commencerons notre étude.

Nous la terminerons par la question de l'action confessoire, question qui, selon nous, doit aboutir à la condamnation de tout système fondant le *ius altius tollendi* sur l'élévation de l'édifice d'autrui.

Ainsi ce titre sera-t-il divisé en trois chapitres :

1° Systèmes d'après lesquels le voisin est tenu *ad faciendum* ;

2° Systèmes d'après lesquels le voisin est tenu *ad patiendum* ;

3° La question de l'action confessoire.

CHAPITRE PREMIER

SYSTEMES D'APRÈS LESQUELS LE VOISIN EST TENU « AD FACIENDUM »

Cette théorie d'une servitude consistant dans une obligation de faire a d'abord été formulée d'une façon absolue. Elle a été reprise plus tard sous une forme moins audacieuse qui l'a considérablement modifiée.

Nous l'étudierons successivement sous ses deux formes.

I. — PREMIÈRE FORME.

Dans sa première forme, cette théorie a été soutenue par les Glossateurs (1) et reprise par Carpzov (2) et Gottlieb Titius (3).

Un propriétaire peut avoir grand intérêt à ce

(1) GLO. l. *urbanorum praediorum*. D. de serv. urb.

(2) KARPZOV. *Jurispr. for.* P. II. *Constit.* 41. *Definit.* 13,

n. 7.

(3) GOTTLIEB GERHARD TITIUS. *De servitute faciendi*, n°38: *exemplum servitutis faciendi potest esse in servitute altius tollendi.*

que, sur le fonds de son voisin, s'élève un édifice d'une certaine hauteur.

Il n'est pas besoin de reprendre les motifs d'ordre égoïste qu'insinue plaisamment la glose : *nostra interest non habere domum ita delectabilem propter amicorum concursus, qui plerumque sunt nobis causa magni sumptus*. Il suffit de se rendre compte de l'utilité que peut présenter une haute muraille sur la limite d'un fonds : elle lui donne une ombre précieuse dans les pays où le soleil est intense ; elle le protège des vents ; elle fait mieux encore : elle le protège des indiscretions et des incursions.

De telle sorte qu'une pareille élévation, loin de nuire au fonds inférieur, peut présenter pour lui de réels avantages.

C'est à ce point de vue que s'est placé Carpzov quand il écrit : *Rectius dixeris ius altius tollendi referri inter servitutes, quando iure servitutis cogere possum vicinum, ut altius tollat aedes suas, quia ex eo sentio utilitatem, cum prosit mihi ad arcendum impetum ventorum, vel ut praestet umbram eo loco, quo solem habere gratum non est*.

Le *ius altius tollendi* emporte donc obligation pour le propriétaire du fonds servant de construire.

*
* *

Une telle conception ne saurait longtemps retenir notre attention : elle est en opposition complète avec les principes les plus solidement établis en matière de servitudes.

Pomponius, au Digeste, exprime la doctrine unanime des jurisconsultes : D. VIII-I-15, § 1 : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.*

Et ce principe est si bien établi que son application a provoqué dans la doctrine des difficultés relativement à la servitude *oneris ferendi*, par laquelle le grevé était obligé d'entretenir à ses frais le mur de soutènement. Nous savons quelles furent à ce sujet les opinions d'Aquilius Gallus, de Servius et de Labéon, et que ce fut celle de Servius qui prévalut.

Ces opinions ont été rapportées dans un texte d'Ulpien :

D. VIII-V-6, § 2 : *Etiam de servitude, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitude imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur : sed ne ne facere prohiberet nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum cuius res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere ius sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem : denique licere domino rem derelinquere, scribit.*

Si la simple question de la réfection d'un mur

de soutènement a créé une telle difficulté doctrinale. comme établissant un fait contraire à la nature des servitudes, à plus forte raison l'existence d'une servitude dont l'essence même consisterait en une obligation de faire imposée au fonds servant aurait-elle dû donner naissance à des commentaires et à des discussions, dont nous trouverions encore un écho dans les textes. Or, il n'y a pas un seul texte qui, en dehors de ceux relatifs à l'*oneris ferendi*, prévoit une seule exception au principe général des servitudes.

Une telle théorie n'est même pas juridique : elle est absolument insoutenable.

II. — DEUXIÈME FORME.

Cette théorie a été dans la suite modifiée et a complètement changé d'aspect (4).

Le *ius altius tollendi*, nous dit-on maintenant, ne consiste pas tant dans l'obligation pour le propriétaire du fonds servant de construire, que dans la condition qui lui est imposée de respecter un état de choses déterminé.

Des constructions étant à une certaine hauteur, la constitution d'un *ius non altius tollendi* aurait pour effet de leur assigner cette hauteur comme

(4) Sont partisans de cette théorie sous cette nouvelle forme : VAN WETTER, II, p. 276 ; THIBAUT, *System des Pand. Rechts*, 2 B. § 607. S. 48 ; cf. GLÜCK, X, § 669 ; VOET, *Comm. Pand.*, VIII-II-VII.

maxima; la constitution d'un *ius altius tollendi* aura pour effet de la leur assigner comme minima.

En d'autres termes, à la servitude négative portant défense d'élever, on oppose la servitude positive qui porte obligation de conserver au moins la hauteur actuelle, avec libre droit de la dépasser.

Et même, en analysant cette seconde servitude, on doit lui reconnaître un caractère plutôt négatif : cette obligation de conserver une hauteur minima n'est en effet autre chose qu'une défense d'abaisser.

Les deux servitudes, *altius* et *non altius*, sont en définitive deux servitudes négatives, mais de sens contraire : l'une défendant d'abaisser, l'autre défendant d'élever.

*
* *

Cette nouvelle théorie est ingénieuse.

Voici quelle en a été la genèse.

Ses défenseurs ont reconnu le fondement des critiques qu'on pouvait adresser à la théorie précédente, et ils ont cherché à les parer. Ils ont commencé par raisonner ainsi :

Le *ius altius tollendi*, c'est un *modus* affectant la propriété d'un fonds ; *modus* auquel doit se conformer le propriétaire de ce fonds, s'il veut construire. Le *ius altius tollendi* n'oblige pas à construire, mais il fixe les conditions qui devront être observées pour les constructions futures.

On conçoit très bien qu'un vendeur stipule de son acquéreur de telles conditions et que les clau-

ses constituant la *lex venditionis* renferment certaines modalités, relatives aux édifices qui pourront être élevés sur le fonds, objet du contrat.

Ce qui importe dans une semblable imposition, c'est, avant tout, l'observation d'une hauteur minima. La construction ne sera pas élevée librement tant qu'elle n'aura pas atteint cette hauteur fixée ; mais à partir de ce point, elle rentrera sous le régime de la liberté absolue.

Ainsi le *ius altius tollendi* se compose-t-il de deux éléments : l'un, qui en fait toute l'importance, et qui est l'obligation d'atteindre et de respecter une hauteur déterminée ; l'autre, dont l'intérêt est moindre, et qui consiste dans la faculté de dépasser cette hauteur. Notre servitude pourrait se définir en cet état : le droit de dépasser une hauteur qu'on est tenu d'atteindre.

Mais il convient de faire un pas de plus : le *ius altius tollendi* ne doit plus être seulement considéré sous cet aspect en quelque sorte *dynamique*, mais bien plutôt sous son aspect *statique*.

Qu'importe de savoir si cette servitude a pu valablement obliger à atteindre une hauteur quelconque ; qu'importe de savoir si elle s'est vraiment appliquée à des constructions à faire ? Ce qui nous intéresse surtout c'est qu'elle consacre le respect d'un état de choses actuellement déterminé : le *ius altius tollendi* porte obligation de conserver une certaine hauteur. Il peut donc être imposé à des constructions déjà existantes pour empêcher que leur propriétaire ne les démolisse ou ne les abaisse. C'est

même à ces constructions existantes qu'il s'appliquera généralement et, dans cet état, il devra être défini : la défense d'abaisser au-dessous de la hauteur actuelle.

Voilà comment s'est précisée dans sa dernière expression cette théorie et voici maintenant les arguments de fait et de droit qu'elle invoque à son appui.

*
* *

En fait, une situation dans laquelle il est défendu au propriétaire d'un fonds d'abaisser les constructions qui s'élèvent sur ce fonds, n'a rien de surprenant. Elle est explicitement reconnue dans des textes du Digeste.

On en peut citer deux.

Le premier de ces textes : D.VIII-II-17 § 2, vise le cas suivant : un fonds est grevé d'une servitude *ne luminibus vicini officiatur*. Son propriétaire peut-il y élever des constructions ? Non, car il nuirait ainsi au jour de son voisin ; l'on dit alors que dans la servitude générale qui le greève est comprise la servitude spéciale *non altius tollendi*.

Mais ce propriétaire peut-il du moins abaisser les constructions qui existent déjà sur son fonds ? On serait tenté de répondre oui, d'une façon absolue. Or justement, il y a un cas où il faut répondre non : c'est le cas où ces constructions présentaient leur façade au soleil, de telle sorte que la lumière solaire n'arrivait au fonds dominant, exposé au

nord, qu'après s'être réfléchi sur leur mur. Dans de pareilles conditions, abaisser ces constructions serait nuire au jour du voisin et l'on dit alors qu'en ce cas, dans la servitude générale *ne luminibus officiatur*, est comprise la servitude spéciale *altius tollendi*.

Le second texte présente une hypothèse à peu près semblable. Il s'agit seulement d'une autre servitude, le *ius stillicidii avertendi in aream vicini* — D. VIII-II-20, § 5.

L'imposition de cette servitude entraîne des obligations réciproques entre le fonds dominant et le fonds servant : si le fonds servant est tenu de recevoir les gouttières de son voisin, en revanche, le fonds dominant est tenu lui-même de conserver les gouttières de son toit à la hauteur qu'elles avaient lorsque la servitude a été imposée : le toit peut être élevé, mais il ne peut pas être abaissé.

Voici les raisons que donne le texte d'une telle obligation : *Stillicidium, quoquo modo acquisitum sit, altius tolli potest : levior enim fit eo facto servitus ; cum quod ex alto cadet, lenius, et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem. Inferius demitti non potest : quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen.*

Cette défense d'abaisser, inhérente à la servitude *stillicidii*, constitue, dit-on, à la charge du fonds dominant un véritable *ius altius tollendi*.

On ne peut donc reprocher à cette théorie de manquer de base en fait, puisqu'elle s'appuie sur des exemples formellement reconnus.

Et voici comment, en droit, elle se défend.

Une servitude obligeant un propriétaire à conserver à ses édifices une hauteur minima peut paraître de nature coercitive. Or, nous savons, disent ses défenseurs, qu'une telle espèce de servitude consistant *ad faciendum* n'a jamais eu d'existence juridique et nous savons aussi les difficultés qu'a soulevées la simple question de l'entretien d'un mur de soutènement, à propos de l'*oneris ferendi*. Mais ce serait commettre une erreur que de considérer ainsi notre servitude.

Elle a pour objet le maintien d'un *statu quo* : elle prohibe tous actes contraires à ce maintien, mais elle n'impose au grevé aucune obligation d'entretenir, qui soit dérogoratoire au droit commun.

L'on ne saurait légitimement comparer l'entretien d'une maison à l'entretien d'un mur de soutènement. L'un a lieu normalement, conformément aux habitudes qui sont du devoir de tout père de famille diligent ; l'autre a lieu de façon anormale et onéreuse, le poids des constructions, reposant sur le mur, compromettant la solidité de celui-ci et exigeant pour lui des soins exceptionnels. Si donc ce dernier cas a soulevé des difficultés doctrinales, rien d'étonnant à ce que le nôtre n'en ait soulevé aucune : ce sont deux cas différents.

D'ailleurs, l'obligation d'entretenir sa maison en bon état de solidité est tellement du devoir de tout propriétaire que nous trouvons une nombreuse législation pour la sanctionner. Outre deux Sénatus-

Consultes *de aedificiis non diruendis* (5), dont le premier a été rendu sous le règne de Néron, il existe de nombreuses constitutions des empereurs relativement à l'état des constructions : le Code les rapporte à son titre *De aedificiis privatis*. — C. VIII-X.

Deux constitutions d'Alexandre Sévère (C. 2 et 3), notamment, interdisent toute démolition pouvant entraîner après elle une dégradation sensible à la beauté de la ville : celui qui voudra détruire sa maison, pour la convertir en jardin, devra solliciter l'autorisation des magistrats et de ses voisins.

Une autre constitution (C. 8), de Valens, Gratien et Valentinien ordonne aux magistrats de veiller à ce que les propriétaires réparent et reconstruisent même leurs maisons, si elles ont besoin de réparation ou si elles tombent en ruine.

Enfin, on a retrouvé une *epistola* d'Hadrien (6) adressée aux habitants d'Hadrianopolis et dans laquelle l'empereur s'inquiète de certaines maisons menaçant ruine : il exige que leurs propriétaires les réparent ou bien les vendent. On voit jusqu'à quel point allait le souci des empereurs, puisqu'ils prenaient des mesures concernant l'entretien des maisons, même pour des provinces éloignées.

Dans de telles conditions, qu'on n'aille donc point prétendre qu'une servitude portant en elle l'obligation de conserver ses constructions en bon

(5) Rapportés dans BRUNS, *Fontes*, 6^e ed., p. 200. — Ce sont les sénatus consultes Hosidien et Volusion. Cf. MONIER, *Le tignum iunctum*. Thèse, Paris, 1922, p. 69.

(6) *Bulletin de corr. hell.* 11 a. 1887, p. 111.

état, présente une exception inadmissible au droit commun : le propriétaire du fonds servant s'engage seulement, en fait de toute prestation active, à faire ce que sa législation positive lui ordonne de faire : il ne promet là aucun fait exceptionnel, dérogame au droit commun.

Le seul caractère onéreux que cette servitude présente pour lui, c'est qu'il renonce à l'avantage de pouvoir abaisser sa maison dans les formes permises par la loi.

Le *ius altius tollendi* ne consiste juridiquement que dans une défense d'abaisser et, en cela, il réunit tous les éléments de validité d'une véritable servitude.

*
* *

Ce système excessivement ingénieux ne doit pas nous séduire : il ne résiste pas à une critique serrée.

D'abord, que signifient les textes qu'il invoque ?

Le premier texte (D. VIII-II-17, § 42) mentionnerait un *ius altius tollendi* à propos de la servitude *ne luminibus vicini officiatur*.

Or, quand on analyse ce texte, on ne peut y découvrir qu'une énumération précise d'actes prohibés par l'application d'une servitude conçue en termes généraux. Il est, en effet, nécessaire de délimiter la portée d'une telle servitude, pour éviter, dans la mesure du possible, les contestations entre fonds dominant et fonds servant.

Ces actes prohibés peuvent être de différente

nature et varier selon la façon dont la lumière est assurée au fond dominant. Mais dire que chacun de ces actes est régi par une servitude spéciale, comprise sous l'acceptation générale de la première servitude, c'est un paralogisme. Il n'y a pas deux ou trois servitudes : il n'y a qu'une seule servitude et plusieurs faits prohibés par elle. Chacun de ces faits n'a pas une existence juridique indépendante : il ne doit point mériter une dénomination juridique distincte : on ne saurait l'appeler servitude.

Ainsi, l'obligation pour le fonds servant de ne pas nuire au fonds dominant, en abaissant un mur qui lui assurait par réverbération (*per refractionem seu repercussionem*) la lumière solaire, ne peut-elle constituer en pareil cas une servitude *altius tollendi*.

Quant au second texte (D. VIII-II-20, § 5), on voudrait voir en lui la consécration de deux servitudes réciproques : un fonds dominant n'aurait le droit d'envoyer l'eau de ses gouttières au fond servant qu'en s'obligeant lui-même, par une servitude qui renverserait les rôles, à ne jamais diminuer la hauteur actuelle de son toit. Par rapport à l'une ou à l'autre servitude, un même fonds serait servant ou dominant.

Nous comprenons difficilement que ce texte ait pu donner lieu à une pareille méprise. Croire que la défense d'abaisser son toit constitue encore ici un *ius altius tollendi*, servitude fixant une hauteur minima, c'est ne pas vouloir reconnaître l'évidence : le texte invoqué se borne uniquement à rappeler au propriétaire du fonds dominant qu'il doit s'abstenir

de tout acte qui rende la condition du fonds servant plus onéreuse, spécifiant notamment un de ces actes dont il devra s'abstenir.

Est-ce à dire que la prohibition de cet acte constitue une servitude ? Nullement. Il n'y a là que l'application d'un principe de droit commun qui se trouve, d'ailleurs, écrit dans le texte même : *meliores vicini conditionem fieri posse, deteriores non posse*.

Nous devons donc conclure que ce système qui prétendait être sérieusement basé en fait, comme s'appuyant sur des textes, manque en réalité d'une telle base. Nous allons voir qu'en droit, il n'est pas plus solide.

Nous le dénonçons comme incapable de restituer au *ius altius tollendi* sa nature propre.

*
* *

Il convient de s'attaquer d'abord à la façon dont il traduit l'expression *ius altius tollendi*.

Une servitude positive, comme est la nôtre, consiste essentiellement dans un droit de faire. C'est ainsi que nous comprenons les différents *iura praediorum*, tels qu'ils sont énumérés par Gaius : le *ius eundi*, le *ius agendi*, etc... Il faut, dans la définition qu'on en donne, leur restituer ce caractère actif. Or, dans le système que nous critiquons, on définit le *ius altius tollendi* d'une façon négative et passive : la défense d'abaisser sa maison.

Il est difficile d'admettre qu'une telle défense soit conçue en des termes aussi positifs.

Cette définition porte en elle un contre-sens grammatical et logique qui paraît évident. *Ius altius tollendi*, d'après les règles de la grammaire, comme d'après les lois du bon sens, n'a jamais pu vouloir dire autre chose que « droit d'élever plus haut » et, malgré les efforts des interprètes, le « droit d'élever plus haut que soixante pieds », par exemple, ne pourra jamais signifier « obligation de tenir élevé à soixante pieds ».

Un droit, qui est une prérogative s'exerçant activement, ne saurait être confondu avec l'imposition d'une charge qui condamne à la passivité.

En admettant même qu'il ait existé une servitude consistant dans une obligation de ne pas abaisser, cette servitude n'aurait pu s'appeler que : *ius non inferius demittendi*, selon le langage du texte, qui emploie les mots : *inferius demitti non potest*. (D. VIII-II-20, § 5.)

Il faut ensuite ajouter que, si ce système est en contradiction avec la nature intime et formelle du *ius altius tollendi*, il ne respecte pas davantage sa nature relative, celle qui ressort des rapprochements et des comparaisons que font les textes en le citant.

Il est à remarquer, en effet, que dans la plupart des textes, le *ius altius tollendi* est accouplé au *ius luminibus officiendi*, de même que le *ius non altius tollendi* va toujours de pair avec le *ne luminibus officiatur*. A tel point, qu'on peut, à la suite de Doneau, très légitimement soutenir que ces qua-

tre sortes de servitudes n'en font en réalité que deux (7), l'*altius tollendi* emportant toujours avec lui le droit d'obscurcir le jour du voisin et son antagoniste obligeant à épargner ce jour.

Notre servitude paraît donc avoir comme raison d'être une question de lumière ; s'obstiner à ne pas l'admettre serait manquer de bonne foi.

Or un tel système est incapable de lui reconnaître ce caractère : pour lui, le *ius altius tollendi*, prohibition d'abaisser, ne peut être conçu comme portant de l'ombre au voisin.

Il n'y a qu'un cas où ce système prévoit une question de lumière, c'est le cas que nous avons précédemment exposé. D. VIII-II-17 § 2. Or, ici, justement, le *ius altius tollendi*, loin de consister en une gêne pour le fonds inférieur, comme lui causant une obscurité préjudiciable, est au contraire présenté comme un avantage pour lui, grâce à la réverbération de la lumière solaire ; si bien qu'il est spécialement exigé par le propriétaire de ce fonds inférieur.

Absolument contraire à la nature véritable du *ius altius tollendi*, ce système s'oppose encore à certaine règle unanimement admise en matière de servitudes.

Nous ne parlerons pas de celle qui veut qu'une servitude ne puisse pas consister en une obligation de faire : nous admettons que, grâce à sa grande

(7) C'est ainsi que l'entend DONEAU. *Comm.* XI-V-16 : *Altius tollendi et offiendi luminibus vicini una non duplex servitus.*

ingéniosité, ce système est arrivé à ne pas la violer : nous lui en reconnaissons volontiers le mérite. Mais nous voulons parler en particulier de cette règle de pratique en vertu de laquelle les servitudes sont toujours qualifiées en se préoccupant du sujet au profit de qui le droit existe (8).

Les servitudes prédiales, sont en effet considérées comme des qualités avantageuses pour un fonds, comme le prouve cette phrase, si connue du jurisconsulte Celsus (D. L-XVI-86) : *Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* ?

Le système attaqué considère le *ius altius tollendi* comme une charge : il ne s'inquiète que du côté passif et de l'obligation du fonds servant. En cela, encore, il déroge aux principes admis en matière de servitudes.

Enfin, la dernière critique que nous pourrions lui adresser, c'est qu'il ne peut pas rendre compte de l'existence de l'action confessoire qui sanctionne un *ius* consistant à *tollere aedes suas*.

Nous réservons l'étude de cette importante question de l'action confessoire pour la traiter dans un chapitre spécial, après avoir terminé l'étude des systèmes qui voient dans le *ius altius tollendi* un droit s'exerçant chez le voisin.

(8) Cf. MACHELARD, *Examen critique des distinctions admises*, p. 5.

CHAPITRE II

SYSTÈMES D'APRÈS LESQUELS LE VOISIN EST TENU « AD PATIENDUM »

Le *ius altius tollendi* consiste, affirme cette théorie, dans le droit pour le propriétaire d'un fonds dominant d'accomplir sur le fonds servant un acte de construction.

Il y a là, d'un côté, un droit s'exerçant activement ; de l'autre côté, une obligation onéreuse de laisser faire.

Au sujet de la nature du travail accompli, il existe deux opinions légèrement différentes. L'une veut que ce travail soit une élévation du mur ou de l'édifice du voisin ; l'autre veut qu'il consiste plutôt dans un ouvrage que l'on fait reposer sur ce mur ou sur cet édifice. Dans un cas, il s'agit d'une élévation proprement dite ; dans l'autre, d'une superposition.

Il n'y a là en réalité qu'une nuance, mais nous la mentionnons afin de pouvoir diviser ce chapitre en deux parties : l'une qui sera l'exposé du système de l'élévation, l'autre, celui du système de la superposition. Cette dernière partie méritera une atten-

tion particulière car elle contiendra l'étude critique d'une des dernières monographies qui ait paru sur la question de notre servitude et qui est due à un savant professeur italien, M. Buonamici.

I. — SYSTÈME DE L'ÉLEVATION

Un propriétaire a grand intérêt dans certains cas, nous l'avons vu, à ce que la construction qui se trouve en face de la sienne atteigne une hauteur déterminée. Ne pouvant contraindre son voisin à faire cette élévation, c'est lui-même qui se fera autoriser à l'accomplir à ses frais, pour l'avantage de son fonds.

C'est ainsi qu'un certain nombre d'auteurs comprennent le *ius altius tollendi* (1).

Pagenstecher le définit : *ius vicini aedes opera sumptuque nostro altius exehendi, ita ut vicinus hoc pati teneatur. Hac ratione serviens nihil facit, sed patitur dominantem quid facere in praedii dominantis utilitatem.*

Et Voët explique lui-même : *Vicinum mihi conceditur ius et facultas tollendi in suo ad mei praedii utilitatem.*

En effet, disent ces auteurs, une telle servitude contient un droit qui s'exerce activement. Or, il est impossible de concevoir qu'un tel droit s'exerce sur le fonds même de son titulaire à titre de servitude :

(1) MÜHLENBRUCH, II § 277, 4 ; PAGENSTECHER, cité par Buonamici, loc. cit., p. 16 ; MOLITOR, *La possession... et les servit. en dr. rom.*, n° 43. VOËT, *Pand.* VIII-II-VII.

il ne pourrait s'exercer sur ce fonds qu'en vertu de la liberté naturelle de ce fonds car la propriété d'une chose emporte liberté absolue pour son propriétaire de faire ce qu'il veut de cette chose.

Il faut donc admettre que ce droit s'exerce chez le voisin et c'est bien là d'ailleurs le sens du langage de tous les textes quand ils citent des servitudes actives. Toutes ont pour objet le fonds du voisin.

On doit comprendre qu'un propriétaire autorise un autre propriétaire à venir chez lui et à y construire un édifice quelconque. L'hypothèse n'est pas sans appui dans les textes et l'on peut citer notamment un texte de Digeste (D. XXXIX-II-30 pr.) où il s'agit du droit pour le propriétaire d'un fonds dominant, auquel compète une servitude d'aqueduc, de faire, sur le fonds servant, des travaux de construction pour assurer la conduite de l'eau.

Qu'un voisin élève le mur ou la maison de son voisin, cela est également prévu dans un texte du Code, C. III-XXXIV-9.

Il s'agit là d'un certain Héraclius qui, sur une maison voisine, grevée d'une servitude au profit d'un autre fonds, s'est permis d'élever un mur : *Si in aedibus vicini tibi debita servitute parietem altius aedificavit Heraclius, novum opus suis sumptibus per praesidem provinciae tollere compellitur* (2).

Et puis il faut aussi convenir qu'une pareille

(2) Ce texte est une constitution de Dioclétien de l'an 293. Sur l'état du droit à cette époque, spécialement en la matière des servitudes, cf. TAUBENSCHLAG : *Das Römische Privatrecht zur Zeit Diokletian's*, S. 244 ff. 249.

élévation ou surélévation peut encore avoir lieu à l'occasion d'une servitude déjà établie.

L'on cite généralement le cas de l'*oneris ferendi*. Lorsqu'un fond est grevé de la servitude d'appui, le mur qui soutient le poids de la construction voisine est voué à une immutabilité complète ; mais si le propriétaire du fonds servant n'a droit d'y apporter aucune modification, le propriétaire du fonds dominant, lui, peut se réserver expressément le droit de surélever ce mur et de contraindre le fonds servant à respecter cet exhaussement, une fois fait.

Cette situation est prévue dans la loi 7 au Digeste : VIII-V. Ce texte s'applique à l'action confessoire de la servitude *oneris ferendi* : il est question de la *cautio* que le juge ordonnera au défendeur de fournir et dans laquelle ce dernier s'engagera à ce que *neque se, neque successores suos prohibituos altius tollere, sublatumque habere*. Il y a là, dit-on, reconnaissance d'un *ius altius tollendi* au profit du fonds dominant.

*
* *

Un tel système est sans doute intéressant comme présentant le *ius altius tollendi* sous un aspect nouveau, tout en lui restituant son caractère essentiellement actif ; mais, remettant à plus tard sa critique de droit, nous lui reprocherons de manquer de base en fait.

Les textes sur lesquels il se fonde n'ont pas la valeur qu'il leur prête.

Le premier (D. XXXIX-II-30 pr.) ne concerne qu'une prérogative reconnue au fonds dominant à l'occasion d'une servitude d'aqueduc. Si le propriétaire de ce fonds a le droit de faire sur le fonds servant des travaux qui assurent la conduite d'eau, il n'y a là qu'un acte spécialement prévu et permis par la *lex servitutis*.

Cet acte n'a pas une existence juridique indépendante : il dépend étroitement de la servitude imposée et il ne saurait être cité comme un exemple de construction, en général, sur le fonds d'autrui : il est tout à fait exceptionnel et l'on n'en trouve véritablement trace que pour le cas spécial de la servitude d'aqueduc.

Pour ce qui est du second texte (C. III-XXXIV-9) nous croyons que les auteurs qui ont voulu y découvrir une action à trois personnages, ont commis une lourde méprise. Si le début du texte peut prêter à confusion en paraissant distinguer la personne d'Héraclius de celle du voisin, la fin supprime toute équivoque : elle dit, en effet : *Sed si te servitutem habuisse non probetur, tollendi altius vicino non est interdictum*. Il ne s'agit plus ici que du voisin ; c'est le voisin qui construit ; nous devons donc conclure, sans hésiter, qu'Héraclius est simplement le nom du voisin. Le début du texte : *Si in aedibus vicini... aedificavit Heraclius* est un tour de langage bien latin : on emploie souvent le substantif au génitif au lieu de l'adjectif. C'est comme s'il y avait *aedibus vicinis* et le propriétaire de ces *aedes vicinae* c'est Héraclius, celui-là même qui construit.

— Ce texte invoqué n'a donc aucune valeur.

Le troisième texte n'en a guère davantage. D. VIII-V-7.

On y parle d'une *cautio* que doit fournir le propriétaire du fonds grevé de la servitude *oneris ferendi* et dans laquelle il prend l'engagement *neque se, neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere*. On veut voir là la reconnaissance expresse du *ius altius tollendi* en faveur du fonds dominant.

Mais en réalité il n'y a là qu'une reconnaissance des charges du fonds servant : le grevé promet solennellement qu'il ne fera rien pour empêcher le bénéficiaire de la servitude d'exercer tout son droit.

La servitude *oneris ferendi* comporte naturellement en elle la faculté pour le propriétaire du fonds dominant d'augmenter la hauteur des constructions qui reposent sur le mur d'appui, avec toutefois cette condition qu'une telle élévation ne rende pas plus onéreuse la servitude, en compromettant la solidité du mur. Cf. D. VIII-II-24 : *Cuius aedificium iure superius est, ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret quam pati debent*. (3)

Augmenter la hauteur des constructions qui reposent sur le mur d'appui ou élever seulement le mur d'appui sont deux actes de telle nature que si le premier peut s'accomplir librement, le second doit bénéficier d'une aussi grande liberté.

(3) Cette même loi se retrouve en grec aux Basiliques : LVIII-II-24.

Le texte invoqué ici encore ne fait donc en rien allusion à un *ius altius tollendi* qui soit autre chose que le libre droit de propriété du fonds dominant.

Ce système manque donc de base en fait.

En droit, il est non moins critiquable. Nous attendrons d'avoir exposé le système suivant pour formuler certaines critiques générales qui s'appliqueront à l'un et à l'autre. Mais nous voulons lui adresser ici une critique spéciale.

Elle s'applique à la notion d'une servitude consistant à construire sur le terrain d'autrui.

Il est hors de doute que le principe même de l'accession, *superficies solo cedit*, s'est longtemps opposé à ce qu'un individu puisse posséder un droit de propriété relativement à une construction qui se trouve située sur un terrain appartenant à un autre individu (4).

La question de savoir si l'on peut acquérir à titre de servitude le droit de construire sur le terrain d'autrui s'est posée et elle a été résolue négativement. Papinien (D. VIII-IV-17) en donne la raison suivante : *aedificium soli conditionem sequitur* (5).

Nous ne pouvons donc regarder comme juridique une théorie qui considère le *ius altius tollendi*

(4) D. XLIII-XVII-3 § 7 ; D. VIII-IV-17 ; *Omne quod inaedificatur solo cedit*, dit GAIUS, D. XLI-I-7, § 10.

(5) La même solution est donnée pour la surélévation d'un mur : D. XLI-I-28. *Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, fieri Labeo et Sabinus aiunt. Sed Proculus tuum proprium ; quemadmodum tuum fieret quod in solo tuo alius aedificasset, quod verius est.* (Pomponius).

comme le droit de construire sur le fonds même du voisin. Nous réfuterons bientôt la notion de surédification d'une construction déjà existante.

II. — SYSTÈME DE LA SUPERPOSITION

Le défenseur (6) de ce système est M. Buonamici (7). Sa savante argumentation mérite une étude particulièrement détaillée.

M. Buonamici a le souci de la vérité historique : il veut baser ses recherches sur l'histoire et ne s'appuyer que sur des textes certainement purs. Il se défie, non sans raison, peut-être, de ceux du Digeste et il apprécie avant tout les Institutes de Gaius. C'est dans celles-ci qu'il voudra découvrir la nature du *ius altius tollendi* : du *ius altius tollendi* de l'époque classique, s'entend ; car cette servitude a dû, d'après lui, considérablement se transformer au cours des temps, à tel point qu'au Bas Empire (si elle existe encore) (8) elle ne doit plus avoir gardé qu'un très lointain rapport avec ce qu'elle était autrefois.

(6) Une telle théorie avait déjà été soutenue par HEINNECIUS. *Syntagma Antiquitatum romanorum*, lib. I, tit. III. *Itaque verosimilior est sententia eorum qui hic putant de eo casu actum ubi vicinus pati tenetur ut vicinus cœnaculum imponere posse aedibus eius.*

(7) *Del vero significato e della istoria della servitus altius tollendi*, in *Ann. Univ. Tosc.* 1913. — M. Cuq s'est, en partie, rallié à cette théorie, cf. Cuq : *Manuel*, p. 331 ; Ed. Cuq, *Une statistique des locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale*, *Mem. Acad. inscr.* tome XL, p. 292.

(8) M. Buonamici pose en principe qu'elle n'existe plus sous Justinien, car elle n'est pas mentionnée aux Institutes à leur titre *De servitutibus prædiorum*, II-III, § 1. — Ce n'est pas un argument qui porte, il suffit de relire ce titre pour se

M. Buonamici étudie donc les Institutes de Gaius et voici sa découverte : à l'époque classique, il a existé un *ius altius tollendi* consistant dans le droit d'élever une construction sur le mur ou sur la maison d'autrui.

Nous allons suivre M. Buonamici dans la voie qu'il a dû parcourir pour aboutir à une découverte de cette importance.

Il y a d'abord dans les Institutes de Gaius deux textes (II-3 et IV-3) qui citent le *ius altius tollendi* en faisant des rapprochements assez suggestifs.

II-31. *Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usum fructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur ceteraque similia iure constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest...*

IV-3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive...*

Du fait que le *ius altius tollendi* est ainsi cité par deux fois en compagnie du *ius eundi*, du *ius agendi*, etc., servitudes consistant à entreprendre effectivement quelque chose sur le fonds d'autrui,

rendre compte qu'il n'y a pas là une énumération complète des servitudes : ainsi l'on n'y trouve pas les servitudes : *prohibendi*, *protegendi*, *proiciendi*, etc.

M. Buonamici conclut qu'il participe de la même nature active que ces autres servitudes et qu'il consiste lui-même à entreprendre un travail sur le fonds d'autrui.

Voilà le point de départ de sa théorie : toute son argumentation repose sur cette première base.

Pour préciser le genre de travail qu'il s'agit d'entreprendre de la sorte, M. Buonamici s'inspire de l'histoire de la construction romaine et fait également appel à certains textes juridiques, qu'il interprète habilement.

De ses études, M. Buonamici retire l'observation du fait suivant : les Romains ont pris l'habitude de construire des saillies sur leurs maisons : ce sont des balcons, des annexes, des vérandas. Si une maison est voisine de la leur, ils utilisent souvent celle-ci pour y appuyer cet ouvrage. C'est ainsi qu'a dû naître la servitude *oneris ferendi*. (9)

Or il y a des cas où ce n'est pas seulement un léger ouvrage qu'ils appuient ainsi sur la maison voisine, mais où c'est un véritable appartement qu'ils édifient sur cette maison (10).

Comment les Romains pouvaient-ils désigner la servitude qui permettait d'accomplir cet acte ?

L'acception *oneris ferendi* est trop restreinte ; il en faut une plus large et qui porte en elle le sens actif que représente une telle entreprise. M. Buonamici l'a trouvée : c'est *ius altius tollendi* !

(9) Cf. FERRINI E PULVIRENTI. *Delle servitu prediali*, in *dir. civil italiano*, par les soins du prof. Fiore. Vol. I, p. 321.

(10) D. XLIII-XVII-3, § 7 ; VIII-V-8, § 1 ; XXXIX-II-47

Ainsi le *ius altius tollendi* est-il le droit de construire sur la maison d'autrui un portique, une colonnade, un appartement et le Digeste renferme un nombre assez important de textes qui prévoient une telle situation.

On peut citer : D. XLIII-17-3 § 7 : *Si supra aedes quas possideo cenaculam sit, in quo alius quasi dominus morctur...* ;

VII-V-8 § 1. *Competit mihi actio adversus eum qui cessit talem servitutem ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat supraque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles quae tectum porticus ambulatoriae sustineant ;*

XXXIX-II-47. *Quod conclave binarum aedium dominus ex aliis aedibus in aliarum usum convertit (etc)... et Labeo in libris Posteriorum scribit : Binarum aedium dominum utrisque porticum superposuisse, inque eam aditu ex alteris aedibus dato, alteras aedes, servitute oneris porticus servandae imposita, vendidisse...*

Dans de tels textes, dit M. Buonamici, il existe un état de fait qui constitue en droit la véritable servitude *altius tollendi*.

Le malheur, c'est qu'aucun de ces textes (pas plus qu'aucun de ceux qui présentent quelque analogie avec eux) ne mentionne cette servitude à l'occasion de pareils faits. Ils parlent d'*oneris ferendi*, d'*oneris porticus servandae*, mais point d'*altius tollendi*.

Voici comment M. Buonamici résoud cette dif-

ficulté : ces textes, dit-il, visent incontestablement des faits qui, à l'époque classique, ont fait l'objet de notre authentique *altius tollendi*, mais ils sont incapables de leur donner la dénomination juridique qu'ils méritent pour une raison bien simple : c'est qu'ils ont été collationnés et modifiés par les compilateurs byzantins. Or ces derniers n'avaient plus aucune notion, à l'époque où ils opéraient leur compilation, du véritable *ius altius tollendi*, servitude consistant à construire sur la maison d'autrui. Il s'était développé, en effet, entre temps, une institution aux applications de plus en plus nombreuses qui avait fini par englober dans sa dénomination toute espèce de construction opérée sur la propriété d'autrui : le droit de superficie (11).

Les commissaires de Justinien ne pouvant comprendre l'existence d'une servitude dont l'objet était déjà régi par une autre institution, avaient, sans scrupules, supprimé ou corrigé les textes relatifs à l'exercice de cette servitude : ils n'avaient conservé d'elle que le nom, dans la simple énumération des servitudes prédiales. Ils nommaient le *ius altius tollendi* sans comprendre eux-mêmes à quoi il pouvait s'appliquer.

Cette théorie est présentée par M. Buonamici d'une façon persuasive : la preuve est faite du développement du droit de superficie ; on connaît, d'autre part, la manière dont les Byzantins ont concilié

(11) M. Buonamici recommande sur cette question du droit de superficie se substituant au *ius altius tollendi*, un article de Lucret, *Del dir. di sup.*, *Archiv. giur.* vol. LII, p. 500.

les anciens textes, avec l'état de leur législation actuelle ; nul doute qu'ils aient supprimé les derniers vestiges du *ius altius tollendi* dont parlait Gaius.

*
* *

Cette théorie ne nous a cependant pas convaincu. Elle ne nous a pas paru fondée.

M. Buonamici a fait reposer toute son argumentation sur une base qui manque de consistance : il suffira d'ébranler cette base pour démolir la construction qu'il a voulu édifier sur elle.

Le savant auteur découvre que le *ius altius tollendi* a été à l'époque classique le droit de construire sur la maison d'autrui : il découvre cela en interprétant les Institutes de Gaius. Or il est impossible de tirer une pareille conclusion de l'étude de ces deux textes : nous allons le démontrer.

Le *ius altius tollendi* est mentionné dans deux des textes de Gaius à côté du *ius eundi*, du *ius agendi*, etc., droits qui consistent en une entreprise sur le fonds d'autrui.

Est-on en droit de conclure de cette proximité à une identité de nature ? Il faut répondre non, et voici, en effet, par un argument d'analogie du même ordre, la preuve contraire.

Dans les textes où Gaius cite le *ius altius tollendi*, il le fait immédiatement suivre de la mention du *ius non altius tollendi* ou de celle du *ius prospiciendi*, servitudes essentiellement prohibitives consistant dans la défense d'élever sa propre mai-

son, pour ne pas priver de lumière ou de vue le fonds supérieur.

Pourquoi le *ius altius tollendi* s'appliquerait-il à un travail entrepris activement sur le fonds voisin, comme dans les servitudes qui le précèdent, alors que la servitude qui le suit immédiatement (et qui est au négatif ce que, lui, est au positif) s'applique à la construction de sa propre maison ?

Bien plus, dans les Institutes de Gaius, le *ius altius tollendi* n'est pas lié nécessairement au *ius eundi*, etc... ; nous pouvons citer un texte où le *ius altius tollendi* figure sans aucune compagnie de ce genre et où il est par conséquent impossible de lui imputer la nature que lui prête M. Buonamici :

GAIUS : II-14 : *Praediorum urbanorum iura sunt velut ius altius tollendi aedes et officiendi luminibus vicini aedium aut non extollendi, ne luminibus vicini officiatur. Item fluminum et stillicidiorum ius, etc...*

Ajoutons qu'un pareil rapprochement entre le *ius altius tollendi* et le *ius eundi*, *agendi*, etc., loin d'être spécial à ces textes de l'époque classique que sont les Institutes de Gaius, se retrouve dans des textes que M. Buonamici juge d'une pureté moins douteuse ou qui sont même d'un byzantinisme certain : nous citerons :

D. VIII-II-1. *Si intercedat solum publicum vel via publica neque itineris, actusve, neque altius tollendi servitudes impedit.*

D. VIII : les deux premières lois, *principium*, du tit. III : 1. *Servitudes rusticorum praediorum sunt*

hae : iter, actus, via, aquaeductus, — et 2. Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini, vel cloacam, etc..

Nous citerons surtout, en insistant particulièrement, les Institutes de Justinien, où est fait identiquement le même rapprochement que dans celles de Gaïus : IV-VI-2. « *Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones : ut si quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi item altius tollendi prospiciendive...*

La preuve est bien claire que le *ius altius tollendi* a, dans ces derniers textes, en vertu des mêmes rapprochements, la même valeur que dans les textes des Institutes de Gaïus. Si M. Buonamici veut rester logique avec lui-même, il devra admettre que la servitude qui consiste à entreprendre activement une construction sur la maison d'autrui a subsisté jusque sous Justinien, puisque les textes de Justinien font eux-mêmes des rapprochements identiques à ceux de Gaïus. Les mêmes causes doivent produire les mêmes effets ; les mêmes textes donner lieu aux mêmes raisonnements.

Or, M. Buonamici a démontré d'une façon péremptoire qu'une servitude consistant à bâtir sur la maison d'autrui ne pouvait pas exister du temps de Justinien. (Ses arguments sur le développement du droit de superficie nous ont paru tout à fait convainquants, mais nous n'avons pas à les exposer ici ; ils restent en dehors de notre sujet.)

Si un tel *ius altius tollendi* n'existe pas à l'époque de Justinien, quelle est donc la nature de celui que Justinien mentionne dans ses Institutes à côté du *ius eundi* et du *ius agendi* ; et aussi, quelle est la nature de celui que les compilateurs ont laissé subsister dans les textes avec l'*iter* et l'*actus* ?

Si ces textes ne se réfèrent pas au véritable *ius altius tollendi*, pourquoi en serait-il autrement de ceux de Gaïus qui leur sont identiques ?

Il faut choisir entre deux solutions : ou bien admettre que le *ius altius tollendi* a subsisté jusque sous Justinien avec la même nature que celle qu'il avait au temps de Gaïus ; ou bien, si la législation byzantine s'oppose absolument à l'existence d'une servitude de telle nature, admettre que jamais le *ius altius tollendi* n'a été doué de la nature qu'on lui prête. Il n'y a pas de solution intermédiaire et la seconde paraît devoir s'imposer.

Ainsi le point de départ et le criterium de la théorie de M. Buonamici ne sont-ils pas établis.

*
* *

En ce qui concerne les textes mentionnés comme relatifs à des faits qui devaient être l'objet du prétendu *ius altius tollendi*, il faut faire la remarque suivante :

Ces faits font sans aucun doute l'objet d'une servitude. On ne peut, en effet, élever une construction sur le mur ou sur la maison du voisin sans en avoir acquis le droit par la constitution d'une servi-

tude. Mais pourquoi vouloir chercher un nom nouveau pour cette servitude ?

Elle s'appelle, suivant les cas, *tigni immittendi*, *proiiciendi*, *protegiendi*, *oneris ferendi*, *oneris porticus servandae* ; noms contenus ordinairement dans les textes et qui renferment l'idée bien nette d'appui, de projection en saillie, et de superposition. Les textes invoqués parlent d'ailleurs de *supra imponere*, de *superposuisse*, de *tigna immittere*. Pourquoi vouloir appeler cela *altius tollere* ? *Altius* et *Supra* ne répondent pas à la même conception.

Il suffit de conserver à ces droits leur vrai nom, celui sous lequel les auteurs les ont toujours entendus et de réserver celui d'*altius tollendi* pour désigner l'acte auquel il s'applique toujours dans les textes : *altius tollere et officere luminibus vicini*.

Nous ne saurions trop insister sur ce point : le *ius altius tollendi* vise toujours une question de lumière ou de vue et c'est aller contre la vérité que de vouloir le faire consister en une servitude d'appui ou de construction sur le mur d'autrui.

Il est au surplus un texte dont s'accommode fort mal la théorie de M. Buonamici : c'est un texte de Paul, que nous avons déjà en partie cité (D.VIII-II-1) et d'après lequel, si un chemin public sépare deux fonds, on peut néanmoins établir entre eux une servitude *altius tollendi*. Nous devons citer ce texte dans son entier :

Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris, actusve, neque altius tollendi servitutes impedit. — sed immitendi, protegiendi, prohi-

bendi, item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit : quia caelum quod supra id solum intercedit, liberum esse debet (12).

Voilà qui est formel ! On ne peut au-dessus d'un chemin public élever une saillie quelconque, car l'espace qui se trouve au-dessus de ce chemin doit rester libre.

Or le texte admet qu'on peut, sans inconvénient, constituer au profit d'un de ces fonds séparés par le chemin public, une servitude *altius tollendi*.

C'est donc démontrer de façon évidente que la servitude *altius tollendi* ne consiste pas en la construction d'une saillie quelconque dans le sens de la largeur, ce qui constituerait un empiètement sur l'espace qui doit rester libre. Elle ne peut consister qu'en une construction dans le sens de la hauteur, qu'en une élévation d'une maison indépendante, élévation qui seule s'accorde avec les mots *altius tollere*.

*
**

Enfin, la grande objection de fond qu'on peut faire à cette théorie, comme à toutes celles qui croient que le *ius altius tollendi* consiste en un autre fait que celui de l'élévation de sa propre maison,

(12) On peut rapprocher de ce texte, un autre texte de Paul : D. VIII-IV-7, § 1. *Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest, veluti ut altius tollere vel non tollere liceat vel etiam si iter debeatur, ut ita convalescat, si mediis aedibus servitus postea imposita fuerit...*

c'est de rappeler le langage des textes relatifs aux actions en justice *altius tollendo* (13).

Nombreux sont ces textes : tous, sans exception, désignent le *ius altius tollendi* comme consistant à *tollere altius aedes suas*. Le principal de ces textes qui a été l'objet d'une vive discussion est celui des Institutes IV-VI-2. Il vise la question de l'action confessoire : nous consacrons à son étude le chapitre qui va suivre..

(13) Voir ces textes en notre Deuxième partie, page 123.

CHAPITRE III

LA QUESTION DE L'ACTION CONFESSOIRE

Voici le texte complet des Institutes, objet de toute la discussion :

INST. IV-VI-2. *Aequè si agat (quis) ius sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi : in rem actio est. Eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum : veluti si (quis) agat ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive, vel proiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones : ut si quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel proiciendi, immittendive : istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.*

A la lecture, ce texte paraît très clair : dans une première partie, il vise l'action confessoire et énumère les différents cas où elle est intentée ; dans une

seconde partie, il vise l'action négatoire et fait une énumération semblable.

Or ce texte, ainsi entendu, est la condamnation de tout système qui fait consister le *ius altius tollendi* en un autre droit que celui d'élever sa propre maison : il paraît, en effet, accorder l'action confessoire à une servitude qui consiste nettement à *altius tollere aedes suas*.

Il faut donc, si l'on veut maintenir malgré tout les systèmes qui viennent d'être étudiés, prouver qu'il ne s'agit pas ici de la confessoire d'une véritable servitude.

C'est ce qu'ont essayé de démontrer M. Buonamici et les auteurs partisans de la construction chez le voisin. Voici leurs arguments.

*
* *

Il convient de se rappeler l'existence de la servitude négative à côté de la servitude positive, du *ius non altius tollendi* à côté de l'*altius tollendi*. Et il faut tenir compte de certaines nécessités grammaticales dans l'énoncé de certains droits.

Ainsi de quelle façon peut-on intenter une action NÉGATOIRE de la servitude NÉGATIVE ? On ne peut l'intenter qu'en termes AFFIRMATIFS.

Comment soutiendrez-vous que le propriétaire du fonds voisin n'a pas le droit de vous interdire certain acte, sinon en prétendant que vous avez le droit en vertu de la liberté de votre héritage d'accomplir l'acte en question ?

A la prétention injustifiée d'une servitude *non altius tollendi*, vous répondrez en défendant votre libre droit de propriété: *ius mihi esse altius aedes meas tollendi*. Ceci est tellement certain qu'un texte du Digeste contient expressément la mention d'une telle action négatoire conçue en termes affirmatifs :

D. VIII-V-4-§ 7. *Competit autem de servitude actio domino aedificii neganti servitutem se vicino debere... (etc.)...*

Habeo aedes quibus sunt vicinae Seianae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo. Adversus dominum Seianarum volo experiri altius me tollere prohibentem. in rem actione experiar: licet enim serviant aedes meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet liberas aedes habeo (1).

Ainsi la forme confessoire *ius habeo altius aedes meas tollendi* remplit-elle l'office de négatoire. Et il est facile d'expliquer que les Institutes de Justinien, en parlant de l'action *in rem*; *ius sibi esse altius aedes suas tollendi* n'ont voulu entendre au fond que l'action négatoire de la servitude *non altius tollendi*.

*
* *

Une telle explication permet de surmonter la dif-

(1) En revanche l'action confessoire de la servitude négative doit être conçue en termes négatifs: D. VIII-V-6 pr. *Si aedificavero... frustra intendes « ius mihi non esse ita aedificium habere invito te ».*

ficulté que présentait ce texte relativement au système de la construction chez le voisin. Mais elle ne nous paraît pas exacte : elle doit être critiquée au moyen de deux arguments de textes.

*
* *

1.— Un premier argument peut être tiré de l'analyse du texte même des *Institutes* où se trouve le passage discuté.

Il ne peut pas s'agir ici d'une action négatoire, sous quelque forme qu'elle se présente, pour deux raisons :

La première, c'est que l'action négatoire n'est que la revendication de la liberté d'un fonds et que le *ius altius tollendi* est traité dans la première partie du texte comme un véritable droit de servitude ;

La seconde, c'est que le texte cité procède par ordre : il traite de l'action confessoire avant de passer à l'étude de l'action négatoire, et c'est dans sa première partie qu'il mentionne l'action de l'*altius tollendi*.

Voici comme il faut développer successivement ces deux raisons :

Première raison. Il ne peut être question de la revendication de la liberté d'un fonds (action négatoire de servitude) pour les motifs suivants :

Le début du texte porte : *Eiusdem generis est actio de iure praediorum urbanorum* ; le texte annonce donc qu'il va traiter du droit de servitude urbaine.

De ce *ius praediorum urbanorum* il va donner une suite d'exemple : *veluti si (quis) agat ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendive, vel proiiciendi aliquid, vel immitendi tignum in vicini aedes.*

Tous les droits qu'il énumère sont incontestablement des droits de servitude ; il répondent tous à l'acception première *ius praediorum urbanorum* ; c'est la servitude *prospiciendi*, la servitude *proiiciendi*, la servitude *tigni immittendi*.

Pourquoi le *ius altius tollendi* ferait-il ici exception, ne répondant pas à l'acception générale sous laquelle il se trouve et désignant le libre droit de propriété alors que tous les droits énumérés avec lui désignent des servitudes ? Ce serait une contradiction dans le texte.

Cette contradiction ne peut exister : il s'agit là de l'action confessoire (conçue en termes affirmatifs) de la véritable servitude *altius tollendi*, qui consiste dans l'élévation de sa propre maison.

La seconde raison, c'est l'ordre suivi par le texte pour traiter de l'action confessoire et de l'action négatoire.

Le texte veut nous parler sous deux formes de l'action *in rem* relative aux servitudes : logiquement, il commence par la première, la forme confessoire, et il donne des exemples de son application. Ce n'est qu'après avoir terminé cet exposé qu'il ajoute : *contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum, invicem quoque proditae sunt actiones*, et c'est seu-

lement alors qu'il va donner des exemples d'actions proprement négatoires : *ut si quis intendat ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel proiciendi immittendive : istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae.*

Cette action négatoire *ius non esse adversario altius tollendi* ne peut être pour un propriétaire que la défense de sa propriété, compromise par des entreprises injustifiées du voisin. On ne peut y voir l'action confessoire de la servitude *non altius tollendi* : la logique du texte s'y oppose.

Il paraît donc certain que chaque action avec son caractère propre a bien été traitée à sa place : la phrase : *ius esse altius tollendi aedes suas* est bien l'*intentio* d'une confessoire ; la phrase : *ius non esse altius tollendi aedes suas* est bien l'*intentio* d'une négatoire ; confessoire et négatoire d'une seule et même servitude consistant dans le droit d'élever sa maison.

D'ailleurs, il convient de remarquer que notre texte ne parle pas de la servitude *non altius tollendi*. C'est sans doute pour éviter une confusion possible dans l'énoncé des formes confessoire et négatoire, les nécessités du langage prêtant à l'équivoque.

Il a remplacé la mention *non altius tollendi* par celle très peu différente de *prospiciendi*. — La servitude de vue ou de prospect, contient en elle, en effet, la prohibition de bâtir : elle présente d'autre part l'avantage d'être conçue d'une façon non équivoque.

La substance de la servitude *non altius tollendi*, à défaut de son nom même, existe donc dans le texte cité. Cette servitude y est représentée sous sa forme confessoire *ius sibi esse prospiciendi* et sous sa forme négatoire *ius non esse adversario prospiciendi*. Ce qui veut dire, dans le premier cas : affirmer que nous avons le droit d'empêcher le voisin de faire une construction qui nuise à notre vue ; et dans le second : contester au voisin le droit qu'il prétend avoir de prohiber notre construction.

Ce sont là les deux actions de la servitude *non altius tollendi* : elles ont été comprises sous la mention *prospiciendi*, mais leur nature est certaine.

Vouloir que la forme *ius sibi esse altius aedes suas tollere* soit une négatoire du *non altius* supposerait que le texte a fait double emploi, puisque la négatoire du *non altius* se trouve visée dans la formule : *ius non esse adversario prospiciendi*, et supposerait en outre que ce texte a volontairement pêché contre la logique, en insérant une négatoire dans l'exposé des confessoires et une confessoire dans l'exposé des négatoires.

Cet argument exégétique nous paraît être irréfutable.

*
* *

II. — L'explication si subtile fournie contre l'existence de l'action confessoire des Institutes peut être encore attaquée par un second argument de textes.

Ce second argument est tiré de la célèbre para-

phrase de Théophile aux Institutes (2).

Sous le fragment que nous étudions, Théophile écrit :

« Κομμεσσορίω; κινῶ δέ ἐπὶ δελείας οἰκίας οἷον ἐὰν κινῶ λέγων
δικαζίον μοι προσεῖναι τοῦ εἰς ὕψος ἀίρειν τὴν ἐμὴν οἰκίαν ».

Ce qui équivaut en latin à : *Confessoria ago etiam in servitute aedium veluti si ago dicens, ius mihi competere altius tollendi aedes meas.*

Voilà un témoignage de première valeur prouvant sans contredit que le *ius altius tollendi* des Institutes fait l'objet d'une véritable action confessoire.

Il n'est point possible de donner à ce texte une autre explication.

Il convient de noter la façon dont Théophile désigne la construction dont il s'agit : « τὴν ἐμὴν οἰκίαν » « ma propre maison ».

Nous sommes donc en droit de conclure avec certitude à l'existence d'un *ius altius tollendi* consistant dans le droit d'élever sa propre maison et non dans le droit d'entreprendre un ouvrage sur le fonds d'autrui.

Ce *ius altius tollendi* n'a pas changé de nature dans toute la durée des institutions de Rome : il fut à l'époque classique ce qu'il resta sous Justinien (3).

Il nous reste à établir sa nature exacte.

(2) Cf. BÖHMER. Just. instit. libr. quatuor atque Theophili Paraphrasis ; FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Theophilo*, in R. Istituto lombardo, 25 nov. 1886.

(3) Comparer Gaius IV-3 avec Just. IV-VI-2.

DEUXIEME PARTIE

ESSAI D'UNE THÉORIE PERSONNELLE

AVERTISSEMENT

Pour restituer au *ius altius tollendi* sa véritable nature, nous nous adresserons avant tout à l'Histoire.

Puisqu'il s'agit d'une servitude portant sur des faits de construction, nous avons jugé nécessaire de connaître d'abord les règles et les coutumes qui ont régi la construction à Rome. Nous avons puisé à de nombreuses sources extra-juridiques : nous en avons retiré des renseignements précieux.

Mais après l'étude d'un état de fait, il faut rechercher sa traduction dans un état de droit.

Les faits donnent forcément naissance à des droits : ils n'ont de valeur aux yeux du juriste que par les droits qui en sont issus. Nous avons cherché à découvrir en notre matière le parallélisme du fait et du droit : nous avons essayé de rattacher des textes juridiques à des cas pratiques, de relier l'expression abstraite à son objet concret. Après l'observation de rapports particuliers, nous avons voulu nous élever jusqu'à la conception d'une théorie générale.

Cette partie sera divisée en deux titres :

TITRE I : Etude historique.

TITRE II : Théorie juridique.

TITRE I

Étude historique

CHAPITRE UNIQUE

HISTOIRE DE LA CONSTRUCTION ROMAINE CONDITIONS DE FAIT DE LA NAISSANCE ET DU DEVELOPPEMENT DU « IUS ALTIUS TOLLENDI »

Rome, à l'origine, fut construite conformément à des règles : Tite-Live (1) le rapporte et une telle réglementation s'accorde bien avec le caractère ordonné et formaliste des premiers Romains.

La maison primitive est qualifiée du nom d'*insula* (2) : elle est en effet isolée des autres.

Deux maisons ne doivent pas se toucher : le même mur ne peut pas être commun à deux maisons ; car alors l'enceinte sacrée des dieux domestiques aurait disparu. La loi fixe à deux pieds et demi la largeur de l'espace libre qui doit toujours séparer deux maisons et cet espace est consacré au dieu de l'enceinte (3).

(1) TIT-LIV. V-55.

(2) ED. CUQ, *Statistique*, loc. cit., p. 301 ; FESTUS, v. *insulae*.

(3) DAREMBERG et SAGLIO, *Ambitus*. Cf. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*, p. 71 ; ORTOLAN, *Hist. de la législation romaine*, p. 108, 6^e éd. ; DIRKSEN, *Uebersicht. XII Tabul. ad Tab. VII* ; *id.*, *Manuale latinitatis fontium juris*, Berlin, 1827.

Ainsi, cette réglementation a-t-elle à sa base un souci religieux. Elle consacre l'indépendance de chaque maison : le siège de la *familia* et des dieux de la famille doit avoir une autonomie absolue (4).

Cet espace imposé de deux pieds et demi entre chaque insula s'appelle *ambitus* (5). C'est le dernier vestige de l'enceinte (*herctum*), tracée dans les temps primitifs autour de chaque foyer et du domaine où ce foyer était enfermé.

La règle de l'*ambitus* garantit donc chaque propriétaire contre les entreprises et les indiscretions de son voisin : elle sauvegarde la jouissance la plus entière de son droit de propriété (6).

Mais, de bonne heure, la règle de l'*ambitus* dut être violée.

Nous savons par Denys d'Halicarnasse (7) que peu avant l'année 298-456, les plébéiens se partagèrent entre eux les terres vacantes de l'Aventin, pour y bâtir des maisons ; qu'ils bâtirent ces maisons sans observer de règles, faisant ces constructions à frais communs et s'en partageant ensuite la jouissance.

De telles violations des règles durent être fréquentes puisqu'au début du IV^e siècle, la loi des XII tables, qui pour partie venait codifier le droit en

(4) KARLOWA, II, p. 519.

(5) Cf. BRUGI, *Ambitus e il Paries communis*, *Rivista ital. per le scienze giurid.* Vol. IV. fasc. 3-4.

(6) Cf. HELBING ET PÖHLMANN, cités par KARLOWA, II, p. 518.

(7) DION. HALIC., X. 32.

usage, fut obligée de sanctionner le respect de l'*ambitus* (8).

La loi des XII tables porta sans doute ses fruits et la construction romaine obéit quelque temps encore à des prescriptions rigoureuses. Mais en 364-390, se produisit un événement qui apporta une perturbation profonde dans l'ordonnance de la cité : ce fut l'incendie de Rome par les Gaulois.

On réédifia la ville, rapporte Tite-Live (9), sans aucune règle. On se mit à construire de façon habituelle sur l'*ambitus* et les nouvelles constructions furent bientôt insuffisantes pour loger un peuple toujours plus nombreux (10).

On ne respectait plus les distances prescrites ; on violait l'indépendance sacrée du voisin ; on compromettait sa sécurité. L'habitation romaine changea alors de caractère : au lieu des *insulae* primitives, s'élevèrent des maisons de rapport à plusieurs étages où s'entassaient les locataires (11).

Des étages furent ajoutés aux étages et vers les derniers temps de la République, la hauteur des maisons atteignit des proportions inquiétantes.

« La capitale s'est si bien développée, dit Vitruve (12), et les citoyens sont si nombreux qu'il faut construire partout des habitations. Comme on ne pouvait loger près du sol toute cette population

(8) CIC., *De legibus*, I-21.

(9) TIT-LIV. V-55.

(10) VITRUV. II-VIII-17 ; CIC. *Leg. agr.* II-37.

(11) R. CAGNAT, *La question du logement à Rome*, *Journal des Savants*, janv. 1923.

(12) VITRUV., II, 8, 17.

urbaine, on a exhaussé de plus en plus les constructions. »

D'autres témoignages confirment ces faits. C'est Juvénal (13) qui nous rapporte que certaines fenêtres étaient si haut placées qu'on ne pouvait distinguer nettement ce qui se passait dans la rue. Le poète Martial (14) habitait au troisième étage. Quelques-uns de ses confrères demeuraient plus haut encore, « sous les toits » (15).

L'élévation ainsi exagérée d'une maison devait causer à la maison voisine un grave préjudice en obscurcissant son jour. Qu'on se rappelle en effet de quelle façon les maisons romaines recevaient la lumière.

Nous empruntons à Nissen (16) les renseignements suivants.

La fenêtre, dans la construction romaine, était loin d'être « l'âme de la maison », comme elle l'est aujourd'hui dans nos constructions en Europe. Au rez-de-chaussée, les fenêtres étaient rares et de petite dimension : elles se montraient parfois si étroites qu'on les a justement dénommées des « fentes de lumière ». Aux étages supérieurs, elles étaient un peu plus nombreuses et s'élargissaient. Mais la lumière du jour n'était guère distribuée à la maison par les fenêtres donnant sur la rue. C'était à l'intérieur de l'habitation, dans l'*atrium*, par l'ouver-

(13) JUVÉNAL, VI-31.

(14) MART. I-118-7, *et scalis habito tribus, sed altis.*

(15) SUET. *De ill. gramm.* 9. *habitare sub tegulis.*

(16) NISSEN. *Pompeian. Studien.* Leipsig, 1877.

ture rectangulaire du toit, que la lumière entraît directement : les pièces s'ouvraient sur cet atrium qui était le centre de la vie du logis.

Il résultait d'une pareille distribution que les pièces du rez-de-chaussée n'étaient pas très éclairées : elles l'étaient d'autant moins que les côtés du toit étaient plus élevés (17). On comprend, dès lors, l'obscurité que pouvait causer la surélévation d'une maison immédiatement voisine et comment, dans certaines conditions, cette surélévation, interceptant la lumière solaire, pouvait entièrement priver du jour les pièces, défavorablement exposées, du rez-de-chaussée.

Il faut ajouter que ces inconvénients provenant de l'inégalité de la hauteur des constructions, étaient rendus encore plus sensibles par l'inégalité du terrain sur lequel on construisait. Rome présentait un relief particulièrement accidenté, avec ses collines : les maisons s'y étageaient les unes au-dessus des autres et si, sur un versant exposé au nord, les maisons supérieures prétendaient à une grande hauteur, le préjudice causé aux maisons inférieures devenait bien vite considérable.

Ces élévations irrégulières, et bien souvent exagérées, non seulement nuisaient à la jouissance des voisins, mais compromettaient encore la beauté de la ville. Les excès furent bientôt réprimés par l'intervention des empereurs.

(17) Cf. CAGNAT ET CHAPOT, *Manuel d'archéologie romaine*, vol. I, p. 278 ; — CHOISY, *L'Art de bâtir chez les Romains*, Paris 1873 (2^e édit. 78).

Nous avons déjà eu l'occasion de voir quelles furent les prescriptions impériales pour fixer aux maisons une hauteur maxima (18).

Tacite (19) rapporte que Néron, non content d'interdire aux maisons de dépasser 60 pieds de haut, essaya même de remettre en vigueur l'ancienne loi de l'*ambitus* : il proscrivit les murs communs : chaque maison devait avoir ses propres murs.

L'indépendance de chaque propriétaire était de nouveau consacrée.

Mais ces nouvelles réglementations ne furent guère observées : elles ne résistèrent pas à la force des choses, et les murs communs ne cessèrent de devenir de plus en plus nombreux (20).

*
* *

Voici quelles observations pratiques nous devons relever de cet aperçu historique : c'est d'abord qu'à l'origine, les droits du voisin furent en quelque sorte considérés comme sacrés ; c'est ensuite que les événements rendirent de plus en plus difficiles et incommodes les rapports du voisinage ; c'est enfin que le législateur dut intervenir à cette occasion et nous verrons bientôt le sens et la portée de cette intervention.

*
* *

(18) Voir pages 34 et 35.

(19) *Ann.*, XV-43.

(20) Les juriconsultes classiques ont eu plus d'une fois à se prononcer sur les rapports qui résultent de cette communauté entre les propriétaires voisins : *Proc. Dig.*, VIII-II-13 : *Pompon.*, eod 17 pr. ; XXXIX-II-39 pr. ; *Paul, Dig.*, XXXIX-II-35 ; 40, § 1.

Nous pouvons encore demander à l'Histoire d'autres enseignements.

Ces modifications de la construction romaine, entraînant l'augmentation croissante du nombre des maisons à étages, n'eurent-elles pas pour conséquence de faire naître une nouvelle conception de la possession ? Nous voulons parler ici d'une conception de la possession par plans horizontaux.

Le principe primitif romain est celui de la propriété verticale : le propriétaire d'une parcelle de terrain est propriétaire *usque ad caelum*. Tout ce qui est sur son fonds lui appartient : c'est l'application constante de la règle *superficies solo cedit*. Cette règle s'oppose en principe à ce qu'il puisse y avoir une division de la propriété ou de la possession par plans horizontaux : elle s'oppose par exemple à ce que le propriétaire du sol ou du rez-de-chaussée d'un immeuble ne soit pas propriétaire de tout l'immeuble qui s'élève sur son sol.

Or il peut y avoir pour nous grand intérêt à savoir si cette conception primitive, sous la poussée des événements, n'a pas elle-même évolué. Si, en effet, les Romains en étaient venus à reconnaître la jouissance d'un plan horizontal, à protéger et à sanctionner cette jouissance, il pourrait se faire qu'une telle reconnaissance ait eu quelque répercussion dans la législation, qu'elle ait fait naître des rapports de droit nouveaux. Une théorie de la possession de l'air, un système de propriété par étages auraient pu en résulter.

Nous pouvons donc interroger sur ce point

l'Histoire avec curiosité. Et voici les renseignements qu'elle nous fournit.

La propriété par étages exista sans aucun doute en Egypte romaine. On en trouve des vestiges fort intéressants dans des papyrus de Syène, de la fin du VI^e siècle (21).

L'un de ces papyrus contient une donation à cause de mort de la moitié d'une *cella* et de la moitié de la salle à manger située au-dessus, plus la moitié de l'air au-dessus du quatrième étage de la maison voisine (22).

Un autre papyrus contient la vente de la moitié d'une salle à manger, plus une part de maison au quatrième étage, au-dessus de la chambre à coucher d'une personne désignée (23).

Ces dispositions sont très remarquables : ce qui nous intéresse tout particulièrement c'est ce qui concerne la donation de l'air situé en un endroit déterminé. Une telle conception relative à l'appropriation de l'air vaut la peine d'être notée.

Nous trouvons encore des dispositions au profit du propriétaire d'un étage qui peut avoir un droit sur l'air qui s'étend sur une partie de la maison voisine (24).

Il y eut donc une reconnaissance juridique de la possession de l'air.

(21) Cf. H. I. BELL. *Syène Papyri in the British Museum* (*Klio*, 1913, XIII, 160).

(22) P. MUNICH, 8. l. 8, 10-13.

(23) *Ibid.* 9. l. 12, 25, 35, du mai 585.

(24) P. MUNICH, 8 l. 12-16.

Cette reconnaissance se traduit d'ailleurs d'une façon assez inattendue sous Justinien. Cet empereur, toujours à court d'argent, estima que le droit sur l'air du voisin procurait à l'immeuble bénéficiaire une plus value appréciable et il eut l'idée de le soumettre à une taxe spéciale : τὸ ἀέριον. Nous savons que cet impôt fut l'objet des sarcasmes de Procope qui l'appelait « impôt tombé des nues ». (26)

Des documents antérieurs sur la propriété par étages ont été rapportés dans le recueil des Edits de la ville de Césarée de Palestine, composé par l'architecte Julien l'Ascalonite. (27).

Un autre ouvrage qui date de la même époque, le coutumier Syro-Romain présente les mêmes observations que le recueil de Julien. (28)

Quelles que soient leurs dates, fin du V^e ou début du VI^e siècle, ces deux ouvrages sont antérieurs à la législation de Justinien : ils se réfèrent tous deux à des règles déjà bien établies pour résoudre les difficultés que soulève la propriété par étages : ils indiquent, par exemple, à qui incombent les frais de réparations de certaines parties de l'immeuble com-

(25) D. XXXIX-I-5 § 9.

(26) *Historia arcana*, 21, 1.

(27) Cf. Le très intéressant article de FERRINI sur les extraits de Julien l'Ascalonite : *Rendiconti dell'istit lomb.*, vol. XXXV (1902), p. 613.

(28) Cf. FERRINI, *loc. cit.* ; COLLINET, I, p. 30 ; SACHAU, *Syrische Rechtsbücher*, t. I, Berlin, 1907, p. IX-X ; cet ouvrage contient les trois manuscrits syriaques découverts au Vatican (R. I, R. II, R. III), après l'édition de quelques autres manuscrits par K. G. BRUNS ET SACHAU, *Syrisch-römische Rechtsbuch*, Leipzig, 1880.

mun et dans quelles proportions ils doivent être supportés par les différents propriétaires.

Ainsi en Palestine et en Syrie, vers la fin du V^e siècle, comme en Egypte au VI^e siècle, la propriété par étages était connue et sanctionnée.

Pour ce qui est de l'Italie elle-même, nous n'avons aucune certitude historique.

Si le principe de l'accession s'opposa à la consécration législative d'une propriété par plans horizontaux, du moins il est à peu près sûr que la conception d'une certaine jouissance à titre indépendant des plans horizontaux ne fut pas étrangère aux Romains (29).

Le développement du droit de superficie avait forcément dû amener une conception de ce genre. L'habitude signalée par M. Buonamici de construire un *cenaculum* sur la maison d'autrui créait elle-même une division horizontale de propriété et faisait échec à la règle de l'accession. On dut donc considérer de façon spéciale le droit qu'avait un propriétaire à l'espace entourant sa maison et procurant à celle-ci l'air et la lumière (30).

*
* *

De toutes les observations historiques qui précèdent, tirons les conclusions suivantes :

(29) RICHTER (*Hermes*, 1885, XX, 91-100) soutient même que la propriété par étages fut connue à Rome.

(30) Cf. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo*, *Archiv. giur.*, t. 48, p. 32 et ss.

De l'évolution du mode des constructions résulta une évolution des institutions : le droit de chaque propriétaire vis-à-vis de son voisin fut successivement l'objet d'un concept et d'une sanction d'inspirations différentes.

A l'origine, le seul caractère religieux dont il est revêtu doit suffire à le protéger ; mais, une telle protection devenant insuffisante, la loi civile vient à son secours. Le droit alors se développe, se précise : on lui reconnaît sa nouvelle ampleur et les entreprises du voisin sont de plus en plus limitées.

Comment de tels progrès se traduisirent dans la législation romaine, comment ils furent la cause de la naissance et de l'application constante du *ius altius tollendi*, c'est ce qu'il importe maintenant de définir.

TITRE II

Théorie juridique

Nous avons vu que le droit d'élever une maison à sa guise n'était pas considéré comme absolument inhérent au droit de propriété, dans les premiers temps de la législation romaine, comme, d'ailleurs, dans toute la période d'application du droit romain : nous avons vu, en particulier, quelles furent les distances prescrites et les hauteurs imposées.

La réglementation des constructions se présente sous un double aspect : d'un côté, elle reconnaît et protège des droits acquis ; d'un autre côté, elle interdit certains actes et impose certaines obligations.

L'étude de ces deux aspects fera l'objet de nos deux premiers chapitres.

Nous consacrerons un troisième chapitre à la théorie proprement dite du *ius altius tollendi*.

CHAPITRE I

RECONNAISSANCE DES DROITS DU VOISIN

Nous diviserons ce chapitre en deux paragraphes.

§ 1. Fondement des droits du voisin.

§ 2. Exercice de ces droits : les actions en justice.

§ 1. Fondement des droits du voisin

Un propriétaire doit jouir pleinement et paisiblement des avantages que lui donne son droit de propriété : il ne doit pas avoir à craindre les entreprises d'autrui ; la loi le protège contre tout dommage qui peut lui être causé injustement.

Le législateur, toujours vigilant, a prévu la plupart des hypothèses où il existe une atteinte portée sans droit à la propriété : le *damnum iniuria datum*, le *damnum infectum* ont de bonne heure attiré son attention.

Une maison est-elle incendiée par imprudence, un animal est-il venu causer des dégâts dans le champ d'autrui au temps de la moisson, une accep-

tilation a-t-elle été consentie par un stipulant accessoire au préjudice du stipulant principal, un immeuble menace-t-il ruine et risque-t-il d'entraîner dans sa chute des inconvénients graves pour les maisons voisines, voilà parmi bien d'autres, autant de cas expressément prévus par la loi et dans lesquels la victime actuelle ou prochaine du dommage reçoit une protection spéciale (1).

Or, le fait de nuire à la lumière du voisin constitue-t-il un dommage causé à son droit de propriété ?

Un propriétaire a droit à la lumière du jour, qui est indispensable à la vie : si sa maison devient obscure, elle devient inhabitable.

Il est des circonstances dans lesquelles obscurcir la maison du voisin est incontestablement lui causer un grave dommage. Nous avons vu comment les pièces de la maison romaine recevaient la lumière et comment la seule élévation d'un mur du côté d'où venait le soleil, en privant l'atrium de la clarté solaire, assombrissait toutes les pièces.

Ce dommage a-t-il été prévu par la loi ?

En cherchant au titre du Digeste *De damno infecto*, on trouve un texte qui renseigne exactement sur la question. Ce texte est de Paul, mais il cite l'opinion de Trébatius.

Ce texte porte :

D. XXXIX-II-25 *Trebatius ait, etiam eum accipere damnum, cujus aedium luminibus officiatur.*

(1) DIG. XLVII-IX-9 ; V-XX-3 ; XIX-V-14 § 3 ; GAIUS III-216 ; IV-9 ; D. XXXIX-II-6...

Le fait de nuire à la lumière du voisin constitue donc un dommage et nous verrons, en étudiant les actions en justice, comment il a été sanctionné.

L'idée de « dommage qui peut être prohibé » est une idée d'expression négative : on considère le droit du voisin au point de vue de sa sanction. Mais ce droit peut et doit être étudié en soi : on doit chercher s'il a été juridiquement reconnu d'une façon positive et quelle est la mesure de cette reconnaissance.

Ce n'est plus la protection du simple droit de propriété qui nous intéresse, c'est la consécration expressément formulée d'une extension de ce droit dans le sens d'une plus ample jouissance.

*
* *

Un propriétaire exerce, pendant longtemps, des actes de jouissance qui ne sont pas naturellement inhérents à son droit de propriété ; de ce chef, il finit par avoir un droit acquis à continuer ces actes : on considère que son droit de propriété s'est accru et comporte désormais en lui-même ces nouvelles facultés.

Ce principe est certain. Nous commencerons par en étudier les applications dans une matière qui ne fait pas difficulté et qui présente d'autre part quelque analogie avec la nôtre : il s'agit des droits relatifs aux eaux. (2)

(2) Sur cette question, cf. COSTA, *Le acque nel dir. romano*. Bologne 1919 ; BONFANTE, *Il regime delle acque dal*

Le propriétaire qui, pendant longtemps, a joui d'une manière exclusive d'une source ou d'un ruisseau, se voit reconnaître le droit de conserver la jouissance exclusive de cette eau : il est interdit alors à quiconque de *minuere aquam vicini*. Le prêteur a spécialement protégé ce droit par l'interdit *de aqua*. Ulpien nous donne même la formule de l'Edit qui le concerne : D. XLIII-XX-1 pr. *Ait praetor : uti hoc anno aquam, de qua agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas vim fieri veto.*

Dans un autre cas, c'est la question des rapports du fonds inférieur et du fonds supérieur pour l'écoulement des eaux pluviales. Ces rapports sont d'ordinaire fixés dans la *lex agri*. Or dans le cas qui nous occupe, la *lex agri* est absente et voici comment Labéon propose de résoudre la difficulté : D. XXXIX-III-1 § 23 *Si tamen lex agri non inveniatur vetustatem vicem legis tenere*, et il ajoute : *sane enim (et) in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur.*

La possession non viciieuse a la force d'une servitude : elle crée un droit semblable à une servitude. Mais ce n'est pas une servitude : le texte dit plus loin : *eritque ista quasi servitus.*

Si le droit à l'eau peut ainsi s'acquérir par une

diritto romano al diritto moderno, in Annali Seminario Giuridico Università di Palermo, 1922. Arch. giur., 1922

possession prolongée, pourquoi n'en serait-il pas de même du droit à l'air, du droit à la lumière ou à la vue ?

Prenons des cas pratiques :

Mon voisin a construit une grange pour y ventiler son froment : l'air y circule librement et sépare ainsi le grain de la menue paille. Pendant longtemps ce voisin a joui de cette installation ; mais un jour, je m'avise de vouloir élever ma maison auprès de sa grange, menaçant de la priver ainsi du courant d'air indispensable à la ventilation du froment. Ai-je le droit de le faire ? Le voisin n'a-t-il pas acquis un droit à l'air qui circule chez lui ?

C'est un cas d'espèce prévu par un texte du Code III-XXXIV-14 § 1, et voici comment il est résolu : *Nemini licere sic aedificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infrigat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat. (Imp. Justinianus ; a. 531).*

Un cas plus général : j'ai édifié ma maison en face d'un très ancien édifice, d'une faible élévation. Il est intervenu au moment où je me suis décidé à construire une espèce d'*intuitus vicini* : j'ai pensé en effet que cette demeure ne changerait pas sa forme ancienne et, de fait, pendant un temps assez long, j'ai joui de l'avantage que j'avais escompté. Or le propriétaire de cet immeuble veut maintenant modifier cette ancienne forme ; il veut exhausser son bâtiment de telle sorte que la lumière de ma maison en soit obscurcie. Si vraiment j'ai acquis

un droit à la lumière dont j'ai joui jusqu'à présent, je pourrai interdire cet exhaussement en intentant une action contre mon voisin.

Cette action m'est expressément reconnue par les textes : nous insisterons bientôt sur ce point. Qu'il nous suffise de citer dès maintenant un texte du Code dont une partie doit trouver ici son commentaire :

C. III-XXXIV-1 *Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis*, et voici le passage sur lequel nous allons insister : *is, qui iudex prout longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciens* (3). (*Imp. Antoninus ; a. 211.*)

La possession ancienne est donc ici encore comparée à une servitude : elle « tient lieu » d'une servitude. Du moment que pendant très longtemps un fonds a eu une situation de fait supérieure à celle d'un autre fonds, c'est comme s'il s'était établi entre eux un rapport juridique de servitude : le fonds supérieur paraît bénéficier d'une servitude *non altius tollendi* ou *ne luminibus officiatur*.

Mais encore une fois, qu'on ne s'y trompe pas : il n'y a que l'apparence d'une servitude ; en réalité il y a un droit de propriété accru et précisé.

La reconnaissance de ce droit implique prohibition de bâtir à la charge du propriétaire voisin,

(3) L'empereur s'appuie ici sur une règle que nous avons déjà vue formulée au DIGESTE XXXIX-III-1 § 23.

mais voici les différences qu'il y a entre cette prohibition et celle qui résulte de la servitude *non altius tollendi*.

La première est recognitive de droits : elle consacre un état de choses existant. La seconde est créatrice de droits : elle fait naître des rapports qui n'existaient pas encore. L'une a pour but d'éviter un dommage : on pourrait dire d'elle : *certat de damno vitando*. L'autre a pour but d'assurer un avantage : on pourrait dire d'elle : *certat de lucro captando*. Aussi, la façon dont il sera dérogé à ces deux prohibitions sera-t-elle différente : on dérogera à la première en constituant une servitude ; on dérogera à la seconde en éteignant simplement la servitude en quoi elle consiste.

La *Vetustas* est l'adjuvant de la propriété : c'est elle qui soude au droit de propriété les diverses facultés exercées d'abord sans droit pour que dorénavant elles soient considérées comme inhérentes à lui. Nous comprendrons mieux la force de cette *vetustas* dans ses applications pratiques quand, dans notre Chapitre II, nous étudierons les obligations imposées par la loi au constructeur en faveur du respect de la *vetus forma*.

*
* *

La consécration des droits du voisin dut être encore renforcée par les nouvelles notions de pos-

(4) Cf. KARLOWA II, p. 531.

session et de propriété s'appliquant aux plans horizontaux. Si la protection était déjà établie d'une simple jouissance de lumière, que ne dut-elle pas se confirmer et s'accentuer quand on en vint à admettre qu'un propriétaire possédait véritablement l'espace qui se trouvait au-dessus de la maison voisine.

Si les conceptions que nous avons relevées dans les papyrus de Syène relativement à la possession de l'air, furent partagées par les Romains d'Italie, il y eut vraiment des occupations, des usucapions d'espaces qui durent donner naissance à de nombreux et très curieux rapports de droits (5).

Nous n'avons pas trouvé malheureusement de documents établissant avec certitude que l'Italie connut ce régime. Toutefois nous avons cru pouvoir découvrir en deux textes du Digeste une sorte de reconnaissance de la possession de l'air.

L'un est le texte de Paul, déjà cité, D .VIII-II-1, où il est dit qu'entre deux fonds séparés par la voie publique, il était permis d'établir des servitudes comme l'*altius tollendi*, l'*iter* et la *via* ; mais qu'en revanche, il était interdit d'établir des servitudes prohibitives (comme par exemple le *non altius tollendi*) pour la raison que l'espace d'air qui se trouvait au-dessus de la voie publique devait être libre : *quia caelum quod supra id solum intercedit liberum esse debet...*

(5) Cf. SEGRÉ : *Sulla concessione del diritto di edificare e sulla pretesa proprietà dello spazio aereo*, dans le *Foro italiano*, t. 18, p. 306.

Paul émet ici l'idée que certains espaces ne sont point susceptibles d'appropriation privée : et comme exemple d'une telle appropriation, il cite la servitude *prohibendi*.

Il reconnaît donc par là que le fait de pouvoir interdire à son voisin d'occuper un certain espace, emporte possession de cet espace au profit de celui qui prohibe.

La possession de l'espace étant de mesure continue, partant de l'immeuble bénéficiaire pour aller jusqu'à l'extrémité du fonds grevé, est incompatible avec le passage de la voie publique ; c'est pourquoi Paul déclare qu'il ne peut avoir lieu : mais en disant que l'espace qui au-dessus de la voie publique ne peut pas être possédé par un particulier, il laisse entendre que d'autres espaces pourraient être susceptibles d'une telle possession.

C'est une possession de ce genre que semble établir un texte d'Ulpien D. VIII-V-6 § 1.

Il s'agit dans ce texte d'une servitude *non altius tollendi* qui a pu être constituée entre deux fonds séparés, cette fois, par un édifice privé. Si l'édifice intermédiaire a été élevé au point qu'il cache au fonds dominant la vue du fonds servant, il sera permis au propriétaire du fonds servant de construire jusqu'à la hauteur de l'édifice intermédiaire. Mais tant qu'une nouvelle construction ne sera pas élevée sur le fonds servant, celui-ci continuera à être toujours grevé de l'ancienne servitude ; car le fonds dominant « possède » toujours au-dessus de lui.

Et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est : nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest... C'est en sa qualité de possesseur que le propriétaire du fonds dominant peut s'opposer à ce qu'il soit fait un travail qui porterait préjudice à sa possession.

Dans ces textes, la possession de l'air paraît s'appliquer bien nettement à la servitude *non altius tollendi* : elle est reconnue au fonds dominant.

Il faut admettre qu'une telle possession devait également être reconnue à un fonds bénéficiaire d'une ancienne jouissance et de prérogatives consacrées par le temps, puisque, nous l'avon vu, *longi temporis consuetudo vicem servitutis obtinet*.

*
* *

Telle est donc la reconnaissance juridique des droits du voisin. Mais des droits n'ont de valeur utile que s'ils sont sanctionnés ; que si leur exercice est assuré par l'octroi d'actions en justice au profit de leur titulaire et à l'encontre de tous ceux qui voudraient y mettre obstacle.

Il faut donc étudier de quelle manière l'exercice des droits du voisin était assuré.

§ 2. Exercice de ces droits : les actions en justice

L'exhaussement d'une construction peut causer un dommage à la maison voisine. Mais quelle est la mesure de ce dommage, où commence ce dom-

mage ? Voilà la première question qui se posera quand le voisin voudra agir en justice. Quelle est, ensuite, la voie de droit que le voisin pourra prendre pour faire triompher sa prétention ?

Un certain nombre de textes sont relatifs aux actions en justice *altius tollendo* : ils concernent un propriétaire qui n'a pas le *ius altius tollendi in infinitum* et se réfèrent à des exhaussements limités ou à des prohibitions de mesure incertaine. C'est là un point remarquable.

D. XLIV-II-26, *Egi tecum ius mihi esse aedes meas usque ad decem pedes tollere.*

Frag. Vatic. 53 : *Si altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi ius non habet...*

D. VIII-II-II § 1, *Si inter te et vicinum tuum non convenit ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere institutuisti, oporteat, arbitrum accipere poteris...*

Voici la seule explication qu'on peut donner de cette incertitude relative aux droits respectifs des voisins.

L'exhaussement d'un édifice peut causer à la maison voisine un dommage plus ou moins grave. Si l'exhaussement n'est pas exagéré, l'obscurité dont souffrira le voisin ne sera pas trop gênante et il ne sera pas interdit de faire cet exhaussement. Mais le constructeur, s'il est prudent, afin d'éviter une sommation injustifiée du voisin, fera bien de se faire reconnaître en justice ce droit limité : lui qui n'a pas le *ius in infinitum tollendi*, il agira par exemple afin de *usque ad decem pedes tollere*.

Ces actions avant tout commencement de construction étaient fréquentes. Africain, d'après Julien, rapporte le cas du voisin qui veut prohiber et du constructeur qui veut élever, qui citent chacun leur adversaire avant que celui-ci n'ait encore rien entrepris : D. XXXIX-I-15 : *Si prius quam aedificatum esset ageretur ius vicino non esse aedes altius tollere...* et plus loin : *idemque e contrario si cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere...*

La question de savoir s'il y a dommage et dans quelle mesure il y a dommage est donc le mobile des actions en justice.

*
* *

Lorsque le dommage est certain, quelle est la voie de droit que doit prendre le propriétaire lésé pour faire valoir sa réclamation ?

C'est la voie de la dénonciation de nouvel œuvre.

D. XXXIX-I-5 § 10. *Si in suo quid faciat quod nobis noceat : tunc operis novi denunciatio erit necessaria* (6). Elle est spécialement donnée dans le cas où l'on veut se plaindre des entreprises d'un propriétaire qui ne respecte ni les droits de ses voisins ni les règlements protecteurs de ces droits.

D. XXXIX-I-1 § 17. : *Nuntiamus autem quia ius aliquod prohibendi habemus : vel ut damni infecti*

(6) Voir aussi D. XXXIX-I-5 § 9.

caveatur ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur : aut si quid contra leges edictave principum quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet... Nous verrons bientôt quelles étaient ces lois.

La dénonciation de nouvel œuvre arrêta les travaux en cours et il n'était possible de les reprendre qu'une fois le procès jugé. Or, comme dans la dénonciation de nouvel œuvre, (à la différence par exemple de ce qui avait lieu pour l'interdit *quod vi aut clam*) (7), il n'était pas besoin d'établir de preuve pour faire sommation, il y eut de nombreux abus, les voisins ne manquant pas de faire sommation dès qu'ils estimaient éprouver quelque gêne d'une construction qui s'élevait en face de la leur.

Ces sommations injustifiées occasionnaient le plus grave préjudice aux constructeurs, leur faisant perdre du temps et de l'argent. Zénon s'inquiéta de ces abus et prit des mesures énergiques : Code VIII-X-12 § 7 c. : *Noverint autem omnes, qui prohibere aedificantes praesumunt, victos se omnia quae obvenierint damna illis restituros nec non materiarum pretium, quae intra litis tempora corruptae aut deteriores factae esse videbuntur : ii quoque qui contra ius aedificare praesumpserint, si victi fuerint, damna resarcient ei qui aedificare prohibuit et litem ea de re instituere coactus est.*

Enfin Justinien décida que les litiges relatifs à l'élévation des maisons feraient l'objet d'une procé-

(7) D. XXXIX-I-5 § 10.

dure plus simple et plus rapide. (Code VIII-XI, *uni. in fine* ; a. 531).

Voilà comment le droit romain reconnu et réglementa les droits du voisin (8).

(8) Il y avait aussi l'action négatoire de servitude *allius tollendi* : GAIUS IV-3 ; INST. IV-VI § 2 ; et l'interdit *quod vi aut clam* : D. XLIII-XXIV-11, 7, 9, 22.

CHAPITRE II

OBLIGATIONS IMPOSEES AU CONSTRUCTEUR

Il n'est pas besoin d'insister longuement sur les obligations générales qui pèsent sur tout constructeur et qui s'inspirent du respect du droit de propriété du voisin, de l'interdiction de lui causer un dommage. Il suffit d'avoir étudié les droits du voisin pour connaître les obligations qui en résultent.

C'est sur les obligations spéciales imposées par la loi au constructeur que nous devons insister.

Les constructions ont été réglementées : la liberté de construire est limitée. Voyons quelles sont ces dispositions réglementaires.

Elles sont de deux sortes :

Les unes portent obligation de respecter le *legitimum spatium* ;

Les autres portent obligation de respecter le *vetus forma*.

§ 1. Obligation de respecter le « *legitimum spatium* »

Nous avons vu qu'il existait jadis un espace obligatoire entre les insulae : l'*ambitus*. Cet *ambitus* avait été consacré par la loi des XII tables : Il n'était pas permis à un constructeur d'élever sa maison à une distance moindre de deux pieds et demie de la maison voisine. Puis, la règle de l'*ambitus* était tombée en désuétude ; l'on n'avait plus respecté cet espace ; les maisons s'étaient accolées.

Mais l'idée d'un *legitimum spatium* ne disparut point : elle conserva toute sa force de principe dans le droit romain postérieur.

Un rescrit de l'empereur Marc-Aurèle y fait encore allusion : D. VIII-II-14, *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt : in area, quae nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate eius aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.*

Ce *legitimum spatium* était-il celui de l'*ambitus* ?

N'était-il pas plus étendu, au contraire ? Nous sommes bien tentés de croire à cette seconde hypothèse.

Le *legitimum spatium* avait dû devenir l'espace minimum que le constructeur devait observer entre sa construction et la maison voisine pour que la maison voisine ne subît pas un obscurcissement préjudiciable.

Afin de couper court à bien des litiges, il avait

dû être décidé qu'un propriétaire n'aurait le droit de *tollere in infinitum* qu'à la condition d'observer un certain nombre de pieds déterminé entre sa maison et la maison du voisin.

Ce qui nous fait croire au bien fondé de cette hypothèse, c'est que la constitution de Zénon au Code (VIII-X-12) la confirme exactement (1) :

§ 2. *Perspicue jubemus inter utramque domum intermedios esse duodecim pedes, qui incipiant a solo aedificii et pertineant usque ad summam altitudinem eique, qui hoc in posterum observat, licere domum in quamcumque velit altitudinem tollere et fenestras aperire tam prospectivas, quas dicunt, quam luciferas secundum sacram legislationem, sive novam domum aedificare velit sive veterem renovare, sive igne consumptam extruere...*

Ce *legitimum spatium* de douze pieds est sans doute celui dont veut parler Marc-Aurèle : c'est lui qui avait remplacé l'*ambitus*.

§ 2. Obligation de respecter la « *vetus forma* »

Ici le précepte est formel.

D. VIII-II-11. *Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire.*

Voilà un texte du plus haut intérêt.

(1) Cette constitution de Zénon est en grec. Nous donnons ici la traduction latine de l'édition Krueger.

Celui qui veut construire n'a pas le droit de construire, celui qui veut nuire aux lumières du voisin ou causer à ce voisin quelque désavantage n'a pas le droit de le faire, si pendant un temps très long la forme des édifices est restée la même.

Le voisin a un droit acquis à ses lumières et celui qui veut construire est grevé d'une obligation, expressément sanctionnée, de ne faire aucune innovation qui porte un préjudice quelconque à la jouissance de ce droit.

La constitution de Zénon (C. VIII-X-12, § 1) rappelle une disposition de l'empereur Léon faite pour assurer le respect de la *vetus forma* : *ut qui aedes suas renovant nequaquam veterem formam excedant, ne aedificantes lumina vel prospectum vicinorum contra priorem statum auferant...*

Ce respect de la *vetus forma* s'imposait d'une façon telle que très nombreux devaient être les cas où le droit de construire était dénié au propriétaire d'un fonds.

§ 3. Caractère des lois imposant des obligations au constructeur.

Il y eut des lois réglant la hauteur maxima des maisons et s'inspirant d'un souci d'esthétique : nous avons montré qu'elles revêtaient un caractère d'ordre public.

Mais ces lois-ci, qui règlent les distances à observer entre les édifices et la forme que doivent

conserver les édifices, ne sont inspirées évidemment que par le souci de protection des droits du voisin : leur caractère doit être tout différent.

La loi des XII tables, qui fixe l'*ambitus*, paraît avoir elle-même voulu ne s'inspirer que de l'intérêt privé du voisin.

Il nous a été conservé une de ses dispositions dans un cas identique au nôtre, celui de l'ombre causée par un arbre. La loi décide que l'arbre ne doit pas dépasser quinze pieds de haut et la raison qu'elle en donne c'est que, plus élevé, son ombre nuirait au fonds voisin.

Cette disposition est rapportée au Digeste XLIII-XXVII-§ 8 ...*Et lex duodecim tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arbores circumdantur : et hoc idcirco effectum est ne umbra arboris vicino praedio noceret.*

La seule raison de cette disposition, c'est donc qu'il ne faut pas que le voisin subisse un dommage et la loi nous apparaît ici sous un aspect essentiellement protecteur. Nul doute qu'elle n'ait obéi à des intentions de ce genre en prescrivant une distance à observer entre les maisons.

Les autres *leges edictave principum quae ad modum aedificiorum facta sunt* doivent aussi avoir d'abord en vue l'intérêt du voisin.

Leur caractère n'a ici rien d'absolu : une dérogation est possible ; le voisin peut renoncer à l'avantage qu'elles lui confèrent.

La constitution de Zénon, qui est pour nous une source de précieux renseignements, reconnaît

la valeur pratique de cette dérogation : elle la signale en maint endroit :

§ 1 ...*Si aedificator ius habeat competens ipsi ex pacto vel stipulatione, quo antiquam formam, si velit, mutare permittitur. Quamobrem sancimus si pactum vel stipulatio aedificantem iuvet, licere ei secundum pacti vel stipulationis vim aedificare, etiamsi vicinos, quibus adversatur pactum, inde laedere videatur.*

Et Zénon conclut toutes les dispositions relatives aux conditions d'élévation des maisons, en disant : § 4 b *Sancimus autem haec observari quando nullum pactum intervenit quod aedificare permittit : tunc enim et non observato intervallo iuxta pactum permittimus extollere aedificia, licet ii, qui contraxerunt vel in horum domos successerunt circa maris prospectum laedantur, quandoquidem iura, quae ex pactis competunt, per generales leges tolli non convenit.*

Il ne reste plus qu'à voir comment, en droit, il était permis de se soustraire aux obligations imposant le respect des droits du voisin : ce sera l'objet de notre troisième chapitre, qui synthétisera la théorie du *ius altius tollendi*.

CHAPITRE III

THEORIE DU « IUS ALTIUS TOLLENDI »

Dans tous les cas où l'élévation d'une maison doit causer un dommage au voisin ;

Dans tous les cas où l'élévation d'une maison doit violer le respect des droits acquis et légalement consacrés du voisin,

Cette élévation ne pourra avoir lieu sans la constitution d'une servitude spéciale.

Cette servitude donnera au fonds constructeur la qualité de fonds dominant par l'attribution d'un avantage qui ne devait pas normalement lui appartenir ; elle donnera au fonds voisin la qualité de fonds servant en lui faisant subir un préjudice et même une amputation de droits qu'il ne devait pas normalement subir.

Voilà en quoi consiste le *ius altius tollendi*.

*
* *

A la lumière de cette conclusion, que nous avons dégagée de l'histoire et de l'étude des textes, toutes les difficultés s'éclaircissent.

La principale difficulté, source de la dissension des auteurs, était le principe de la liberté inhérente au droit de propriété : or, nous avons démontré que la liberté du propriétaire avait pour limite les droits du voisin.

I. — Alors même que le *legitimum spatium* est observé, alors même qu'aucune *vetustas* n'impose à un immeuble l'immutabilité, la liberté de construire n'est pas absolue.

Les textes même qui consacrent la liberté de construire font expressément une restriction :

Ut non penitus lumen vicini recludatur sed tantum relinquatur quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione. (D. VIII-II-11-10.)

Et : *ut non in totum aedes obscrentur, sed modicum lumen quod habitantibus sufficit, habeant* (D. VII-I-30) (1).

Le dommage du voisin est donc la mesure du droit du constructeur : si le dommage doit être grave, le constructeur ne peut le causer sans autorisation spéciale, sans la constitution d'un *ius altius tollendi*.

II. — Mais c'est surtout dans l'inobservation des règles du *legitimum spatium* et de la *vetustas* que le *ius altius tollendi* trouve ses applications typiques.

Le voisin peut renoncer à la protection légale, il peut se dépouiller d'un avantage qui lui était reconnu par la loi, en concédant au constructeur un droit de servitude.

(1) RICCIBONO signale cette loi comme interpolée : *Rivista ital. per le scienze giur.* vol. XXI, 1896.

Ce n'est que grâce à la constitution d'un tel droit qu'il est permis d'élever sur l'espace interdit et de déroger à la *vetus forma* (2).

III. — Le *ius altius tollendi* s'applique encore à tout acte contraire à certains droits acquis du voisin : nous avons vu le cas de la grange à ventiler le froment, C. III-XXXIV-14 § 1 (le voisin a un droit acquis à l'air qui circule dans cette grange) ; nous pourrions citer bien d'autres cas, celui par exemple de l'écoulement des gouttières, cas auquel il n'est pas permis de construire à l'endroit où tombe le *stillicidium* (D. VIII-II-20 § 3) ; nous pourrions rappeler encore tous les faits de possession de l'air, mais ce ne sont là que des cas d'espèce auxquels doit s'appliquer la règle générale que nous avons dégagée.

*
* *

Le *ius altius tollendi* dut naître de très bonne heure, à l'époque où se produisirent les transformations de la construction romaine. Sa naissance doit être contemporaine de la violation de l'*ambitus*.

Avec l'*oneris ferendi*, il est certainement une des plus anciennes servitudes urbaines (3).

La fréquence des procès qu'il souleva est une preuve de la fréquence de ses applications.

(2) Cette application a été également admise par CUQ, *Manuel*, p. 330 ; KARLOWA, II, p. 530 ; MÜNTER, *Von Servituten*, I, § 32.

FERRINI *Pandette*, Milano 1906, p. 375. Cf. DONEAU, *comm.*, lib. XI-V-13 et ss.

(3) CICER. *De orat.*, 38 « *archaica servitus* ».

Son importance l'a fait placer en tête des servitudes dans toutes les énumérations que font les textes (4).

Il s'applique essentiellement à une question de lumière ou de vue (5).

Il est cité comme servitude urbaine et comme servitude rurale. Il n'existe, il est vrai, qu'un seul texte qui mentionne les *ius altius tollendi* parmi les *iura praediorum rusticorum*. D. VIII-III-2 (6).

Ce texte a donné lieu à bien des hésitations de la part des auteurs. Les uns admettent, en effet, que le critérium de la distinction entre la servitude urbaine et la servitude rurale est basé sur la condition bâtie ou non bâtie du fonds dominant ; les autres croient qu'une servitude est urbaine ou rurale selon qu'elle s'applique à une manière de superficie ou au sol lui-même (7).

Les auteurs qui estiment, avec M. Buonamici, que le *ius altius tollendi* ne peut exister qu'entre deux fonds bâtis sont ceux que ce texte gêne le plus.

Nous croyons, quant à nous, qu'il faut donner une explication très simple de ce texte en cherchant

(4) Cf. D. VIII-II-2 ; VIII-III-2 ; VIII-II-1 ; GAIUS, II-14.

(5) Tous les textes qui l'énumèrent disent : *ius altius tollendi et officiendi luminibus vicini*, ou *et officiendi praetario vicini*.

(6) Neratius, lib. 4. *Regularum* : *Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium ; vel protectum habere licere.*

(7) Cf. MACHELARD. *Examen critique des distinctions admises...* p. 5 et ss.

avant tout quelles étaient les conceptions juridiques de son auteur :

Ce texte est de Nératius. Or, Nératius, quand il s'agit d'établir la différence qui existe entre la servitude urbaine et la servitude rurale, estime qu'est urbaine toute servitude constituée au profit d'un bien situé en ville, car un tel bien est un *praedium urbanum* ; et qu'est rurale toute servitude constituée au profit d'un bien situé à la campagne car un tel bien est un *praedium rusticum*. (D. XX-II-L S 1.)

Nératius a donc voulu parler ici du *ius altius tollendi* constitué entre fonds situés à la campagne ; ce qui le prouve, c'est qu'il emploie les mots *officere praetorio*, le *praetorium* étant la riche habitation de campagne.

Bien plus, Nératius cite dans ce texte, comme servitude rurale, le *ius protegendi* (*protectum habere licere*), qui est de son essence servitude urbaine et est toujours traité comme tel (8).

Le fait qu'une servitude soit constituée entre des fonds situés à la campagne est un accident qui ne peut en rien modifier la nature propre de cette servitude.

Cette explication est d'autant plus certaine que le texte de Nératius est le seul où le *ius altius tollendi* soit qualifié de servitude rurale.

*
* *

Le *ius altius tollendi* resta en vigueur, avec ces

(8) D. VIII-II-2.

mêmes caractères propres, qu'il avait à l'époque classique, pendant toute la durée de la législation byzantine: le *Brachylogus* (9) le signale encore, mais ne voulant pas dépasser le règne de Justinien, nous ne ferons pas une étude spéciale de cette législation.

(9) *Corpus legum sive Brachylogus juris civilis*, lib. II, lit. 15 de *servit. praed. urb. (ius aedificandi vel non aedificandi)*, Berlin 1829. — Cf. ZACHARIE VON LINGENTHAL. *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3^e éd. (*Brachylogus*).

APPENDICE

Nous croyons que ce sont ces mêmes principes qui doivent servir à expliquer les servitudes relatives au *stillicidium* : leur nature a été presque aussi contestée que celle du *ius altius tollendi* et nous devons les mentionner dans cette étude.

Ces servitudes sont au nombre de quatre : le *ius stillicidii vel fluminis avertendi*, avec son antagoniste, le *ius stillicidii vel fluminis non avertendi*; le *ius stillicidii vel fluminis recipendi*, avec lui aussi, son antagoniste, le *ius stillicidii vel fluminis non recipendi*.

Voici l'explication que nous proposons.

Il faut considérer que si la chute des gouttières peut présenter un inconvénient, elle peut, d'autre part, constituer un réel avantage en assurant le remplissage de la *cisterna* (1).

Entre mon voisin et moi, la question du *stillicidium* ou du *flumen* peut exister sous quatre positions différentes. Les deux premières positions se réfèrent à une idée de dommage à éviter, les deux autres à une idée de respect d'un droit acquis.

(1) Les Romains avaient l'habitude de construire sous leurs maisons de vastes citernes qui étaient alimentées par l'écoulement des toits. C'était le mode normal d'approvisionnement de l'eau. Cf. DAREMBERG et SAGLIO : *cisterna* ; CAGNAT et CHAPOT, I, p. 85.

I. — Idée de dommage à éviter

PREMIÈRE POSITION : Mon voisin n'a pas le droit d'envoyer l'eau de ses gouttières sur mon fonds; dans l'hypothèse, cela nuirait à mon fonds.

Il ne pourra le faire qu'en constituant à son profit une servitude *stillicidii vel fluminis avertendi*.

DEUXIÈME POSITION : Je n'ai pas le droit de capter l'eau des gouttières de mon voisin pour remplir ma *cisterna*, car cette eau est utile au remplissage de la sienne.

Je ne pourrai le faire qu'en constituant à mon profit un *ius stillicidii vel fluminis recipiendi*.

II. — Idée de respect d'un droit acquis

Ici, il est nécessaire de rappeler le principe : *vetustas vicem servitutis tenet*: D XX XIX-III-1 § 23.

TROISIÈME POSITION : Si, pendant un certain temps, mon voisin a envoyé sur mon fonds l'eau de ses gouttières, il a acquis un droit à cette émission (2).

Je ne puis la lui interdire qu'en constituant une servitude *stillicidii vel fluminis non avertendi*.

QUATRIÈME POSITION : Si, pendant le temps requis, j'ai reçu habituellement l'eau des gouttières de mon voisin pour mon usage personnel, mon voisin ne peut m'interdire de continuer à recevoir cette eau qu'en constituant une servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*.

(2) Cf. D. XLIII-XX-1 pr. : *Ait praetor : uti hoc anno aquam, de qua agitur, non vi, non clam, non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas vim fieri veto.*

C'est, à notre avis, la seule façon d'expliquer ces servitudes et cette explication n'est que le corollaire de notre théorie du *ius altius tollendi*.

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHÉLEMY.

Vu : *Le Président de la Thèse,*
P. COLLINET

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — Précis de droit romain, 4^e éd. Paris, 1886, I, p. 216.
- ARNDTS. — Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1886, § 185.
- AZO. — Aurea summa [codicis]. Lugdini, 1546.
- BELL. — Syène Papyri in the British Museum. Klio, 1913, XIII, 160.
- BÖCKING. — Pandekten. Bonn, 1861, § 171.
- BÖHMER. — Iustiniani imperatoris Institutionum libri quatuor ...atque Theophili Paraphrasis. Halae Magd., 1728.
- BONFANTE. — Il regime delle acque dal diritto romano al diritto moderno. *Annali seminario giuridico università di Palermo*, 1922. *Archivio giuridico*, 1922.
- BRUGI. — Ambitus e il Paries communis. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 3 et 4.
- BRUNS UND SACHAU. — Syrisch-römische Rechtsbuch. Leipzig, 1880.
- BUONAMICI. — Del vero significato e della istoria della servitus *altius tollendi*. — *Annali della Università Toscana*, 1913.
- CAGNAT. — La question du logement à Rome. *Journal des Savants*, janvier 1923.
- CAGNAT ET CHAPOT. — Manuel d'archéologie romaine. Paris, 1916-1920, I, p. 278.
- CHOISY. — L'art de bâtir chez les Romains. Paris, 1873, 2^e éd., 76.
- COHN. — Die Servituten *altius tollendi* und *non altius tollendi*. — *Archiv für die civilistische Praxis*, LXIV, p. 8.
- COLLINET. — Études historiques sur le droit de Justinien. Paris, 1912 ; I, p. 161.
- COSTA. — Le acque nel diritto romano. Bologne, 1919.
- CRELL. — Dissertatio servitutem *altius tollendi* in usucapione libertatis consistere. Wittenberg, 1733.
- CRESCENZIO (DE). — Sistema del diritto civile romano. Naples 1869 ; I, p. 526.
- CUJAS. — Commentarii Iacobi Cuiacii ; in tit. II de serv. pr. urb., lib. VIII. Digest. — Lutetiae Parisiorum, 1658.
- CUQ (ED.). — Manuel des institutions juridiques des Romains. Paris, 1917 ; p. 330, 331.

- La maison romaine à l'époque impériale. — *Journal des Savants*, 1917 ; p. 248.
- Une statistique des locaux affectés à l'habitation dans la Rome impériale. — *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles lettres*, XL, p. 292.
- DAREMBERG ET SAGLIO. — Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines. Paris, 1872-1919. — V^{is} : *Aediles, Am-bitus, Domus*.
- DEMANGEAT. — Cours élémentaire de droit romain. Paris, 1866 ; I, p. 495.
- DERNBURG. — Pandekten. Berlin, 1902 ; 7^e éd., I, § 244.
- DESTRAIS. — De la propriété et des servitudes en droit romain. Paris, 1885 ; § 78.
- DIRESEN. — Civilistische Abhandlungen. Berlin, 1820 ; II, p. 96.
- Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf Tafel Fragmente. Leipsig, 1824.
- Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. Berlin, 1837.
- DONEAU (DONELLUS). — Commentarii de iure civili. Ed. Car. Bücher ; Norimberg, 1922-1834.
- ELVERS. — Die römische Servtutenlehre. Marbourg, 1854-1856 ; § 39.
- ESTOR. — Commentarium continens observationes varias de altitudine aedium Romanorum, deque civium multitudine ad illustrandam servitutem altius tollendi. Leipsig, 1736.
- FERRINI. — Scolii inediti allo Pseudo Theophilo. *Rendiconti del reale istituto lombardo*, 25 nov. 1886.
- Gli estratti di Giuliano Ascalonita. — *Rendiconti del reale istituto lombardo*, 1902, (XXXV), p. 613.
- E PULVIRENTI. — Delle servitu prediali. — *Il diritto civile italiano (Fiore)*. Napoli, 1891 ; I, p. 321.
- FRIEDLAENDER. — Mœurs romaines, du règne d'Auguste à la fin des Antonius. Traduction libre par Vogel. Paris, 1865-1874.
- GIRARD (P.-F.). — Manuel élémentaire de droit romain. Paris, 1913, 6^e éd., p. 367, n. 6.
- GLÜCK. — Ausführliche Erläuterung der Pandekten ; X, § 669.
- GUIRAUD. — La propriété foncière en Grèce. Paris, 1893 ; p. 191.
- HEINECCIUS. — Antiquitatum Romanorum jurisprudentiam syntagma. — *Francofurti*, 1841 ; I, III.
- HOFFMANN. — Die Lehre von den servituten nach römischem Rechte. Wien, 1870 ; I, § 34.
- KARLOWA. — Römische Rechtsgeschichte. Leipsig, 1885 ; II, § 48, p. 529-532.
- KARPSOV (CARPSOVIUS). — Jurisprudentia forensis. Lipsiae, 1703 ; II, constitution 41, définition 13.
- KELLER. — Pandekten. Leipsig 1861 ; n. 332.

- LEGRAS. — La table d'Héraclée. (La prétendue *lex Iulia municipalis*). Thèse, Paris, 1907.
- MACHELARD. — Examen critique des distinctions admises, soit en droit romain, soit en droit français, en ce qui concerne les servitudes prédiales. Paris, 1868 ; p. 5 et ss.
- MACKELDEY. — Manuel de Droit Romain ; Traduit de l'Allemand par Beving. Bruxelles, 1846 ; II, § 277.
- MAYNZ. — Cours de droit romain. Bruxelles et Paris, 1891, 5^e éd., I, § 133.
- MOLITOR. — La possession... et les servitudes en droit romain. Paris, 1868 ; n° 43.
- MONIER. — Le *Tignum iunctum*, thèse, Paris, 1922.
- MÜHLENBRUCH. — *Doctrina Pandectarum*. Halis Saxonum, 1827 ; II, § 277.
- MÜNTER. — *Die Lehre von den Servituten*. Leipsig, 1859 ; I, § 32.
- NISSEN. — *Pompeianische studien*. Leipsig, 1877 ; p. 405, 406, 446, 639.
- ORTOLAN. — *Explication des Institutes de Justinien*. Paris, 1883, 12^e éd. ; II, n° 453.
- PAGENSTECHE. — *Histoire de la législation romaine* ; 6^e éd., p. 108.
— *Admonitoria ad Pandectas*. ed. quarta. Groningae, 1715.
- PAMPALONI. — *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo*. *Archivio giuridico*, XLVIII, p. 32 et s.
- PUCHTA. — *Pandekten*, Leipsig, 1877 ; I, § 184.
- POTHIER. — *Pandectae Iustinianae*. Parisiis, 1818 ; I, p. 363.
- RICHTER. — *Insula*. *Hermes (Zeitschrift für classische Philologie)*, 1885 (XX), p. 91-100.
- SACHAU. — *Syrische Rechtsbücher*. Berlin, 1907^e ; I, p. IX-10.
- SCHEURL. — *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*. — XII, p. 255, 257.
- SCHILLING. — *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts*. Leipsig, 1834-1846 ; II, § 190.
- SCHUBERT. — *De Romanorum aedilibus libri quatuor*. Regimontii, 1828 ; p. 479.
- SEGRÉ. — *Sulla concessione del diritto di edificare e sulla pretesa proprietà dello spazio aereo*. — *Foro italiano*, XVIII.
- TAUBENSCHLAG. — *Das Römische Privatrecht zur Zeit Diokletian's*. Cracovie, 1923.
- THIBAUT. — *System des Pandektenrechts*. Iena, 1828 ; II, § 607, p. 48.
- TITUS (GOTTLIEB, GERHARD). — *De servitute faciendi*. Leipsig, 1703.
- VANGEROW (DE). — *Lehrbuch der Pandekten*. Marburg u. Leipsig, 7^e éd., 1863^e ; I, § 342.
- VOET. — *Commentarius ad Pandectas*, Parisiis, 1827 ; VIII-II, §§ 5 et ss.

- VOIGT. — Römische Rechtsgeschichte. Leipsig, 1892-1902 ;
I, 742.
- WETTER (VAN). — Pandectes. Paris, 1909 ; II, § 243.
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts, 9^e éd., Frankfurt, 1906^e; I, § 211.
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL. — Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 3^e éd., Berlin, 1892.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	3
--------------------	---

CHAPITRE PRELIMINAIRE

POSITION DE LA QUESTION

I. — Existence d'une servitude <i>altius tollendi</i> en droit romain	7
II. — Difficultés d'interprétation	8
III. — Systèmes proposés	11
IV. — Système adopté	14

PREMIERE PARTIE

ÉTUDE CRITIQUE DES SYSTÈMES PROPOSÉS

TITRE I. — Systèmes d'après lesquels le <i>ius altius tollendi</i> s'exerce sur le propre fonds de son titulaire	19
CHAPITRE I. — Le <i>ius altius tollendi</i> considéré comme l'af- franchissement d'une servitude conventionnelle <i>non</i> <i>altius tollendi</i>	21
I. — Extinction totale de la servitude <i>non altius tollendi</i>	21
II. — Extinction partielle de la servitude <i>non altius</i> <i>tollendi</i>	28
CHAPITRE II. — Le <i>ius altius tollendi</i> considéré comme une dérogation aux lois et règlements du prince....	33
CHAPITRE III. — Le <i>ius altius tollendi</i> considéré comme une dérogation aux prescriptions édiliciennes....	43

TITRE II. — Systèmes d'après lesquels le <i>ius altius tollendi</i> s'exerce sur le fonds du voisin	47
CHAPITRE I. — Systèmes d'après lesquels le voisin est tenu <i>ad faciendum</i>	49
I. — Première forme	49
II. — Deuxième forme	52
CHAPITRE II. — Systèmes d'après lesquels le voisin est tenu <i>ad patiendum</i>	65
I. — Système de l'élévation	66
II. — Système de la superposition (Buonamici)	72
CHAPITRE III. — La question de l'action confessoire (Inst. IV-VI-2)	85

DEUXIEME PARTIE

ESSAI D'UNE THÉORIE PERSONELLE

Avertissement	95
---------------------	----

TITRE I. — Étude historique.

CHAPITRE UNIQUE. — Histoire de la construction romaine. Conditions de fait de la naissance et du développement du <i>ius altius tollendi</i>	99
--	----

TITRE II. — Théorie juridique.

CHAPITRE I. — Reconnaissance des droits du voisin	113
I. — Fondement des droits du voisin	113
II. — Exercice de ces droits : les actions en justice	122
CHAPITRE II. — Obligations imposées au constructeur ..	127
I. — Obligation de respecter le <i>legitimum spatium</i>	128
II. — Obligation de respecter la <i>vetus forma</i>	129
III. — Caractère des lois imposant des obligations au constructeur	130
CHAPITRE III. — Théorie du <i>ius altius tollendi</i>	133
APPENDICE	139
Bibliographie	143

